

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

LUCIANA GOISIS

La giurisprudenza della Corte europea
dei diritti umani in materia di
diritto penale antidiscriminatorio

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first

4 ottobre 2024

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di diritto penale antidiscriminatorio

Sommario

1. Premessa. Il diritto penale antidiscriminatorio. – 2. I crimini e i discorsi d'odio. – 2.1. La più recente giurisprudenza della Corte Edu in materia, in relazione a discriminazioni razziali, religiose, per orientamento sessuale e identità di genere. – 3. La violenza di genere e le condanne della Corte Edu verso l'Italia. – 4. Le violenze verso detenuti: una forma di discriminazione di fatto. Brevi cenni. – 5. Conclusioni.

Abstract

Il saggio tematizza il diritto penale antidiscriminatorio, sulla cui legittimità ed esistenza medesima vi è discussione nell'ambito della dottrina penalistica italiana. L'accoglimento, all'interno del codice penale italiano, della nuova categoria dei delitti contro l'uguaglianza, a seguito della c.d. riserva di codice, fonda, ad avviso di chi scrive, la legittimità di una simile branca del diritto penale. È soprattutto la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani che ha contribuito alla emersione di tale branca del diritto e che testimonia la vitalità ed attualità della materia. Ad un *excursus* su tale *corpus* giurisprudenziale in relazione ai crimini d'odio e alle discriminazioni etnico-razziali, nazionali, religiose, per orientamento sessuale e di genere, è dedicata la parte centrale del saggio, con una attenzione speciale alla violenza di genere. Il saggio si conclude sottolineando come l'ottica solidaristica, su cui si fonda il nostro sistema costituzionale, fornisce la base di legittimazione del diritto penale antidiscriminatorio, la cui disciplina, pur nel rispetto delle garanzie dell'autore di reato, deve tutelare precipuamente le vittime vulnerabili.

The essay thematizes the antidiscriminatory criminal law, on which there is debate in the Italian criminal law doctrine with reference of the legitimacy and the same existence of this law. The acceptance, in the Italian criminal code, of the new category of crimes against equality, following the so called 'riserva di codice', legitimizes, in the opinion of the Author, this branch of the criminal law. Mainly the jurisprudence of the European Court of Human Rights has contributed to the emergence of this branch of law and testify the vitality and the actuality of the subject. The central part of the essay is dedicated to an excursus on this jurisprudential corpus with reference to hate crimes and discrimination on ethnic, racial, national, religious, sexual orientation, gender basis, with a special attention to gender violence. The essay concludes underlining as the solidaristic perspective, which is the founda-

* Professoressa Associata di Diritto penale nell'Università degli Studi di Sassari. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

tion of our constitutional system, legitimizes the antidiscriminatory criminal law, whose discipline, even respecting the guarantees of the offender, must protect precisely the vulnerable victims.

1. Premessa. Il diritto penale antidiscriminatorio

Nonostante sia oggetto di discussione nell'ambito della dottrina penalistica italiana l'esistenza di un diritto penale antidiscriminatorio, appare ormai indubbio che la nuova categoria dei delitti contro l'uguaglianza, voluta dalla c.d. riserva di codice, fonda la legittimazione di una simile emergente branca del diritto penale. A corroborare tale conclusione depone, a mio avviso, la enucleazione del diritto penale antidiscriminatorio che negli anni è stata avviata dalla Corte europea dei diritti umani. Potremmo anzi dire, senza timor di smentita, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo costituisce il terreno su cui il diritto penale antidiscriminatorio è nato ed ha trovato la sua più alta espressione.

Può essere utile nel ricostruire il fondamento del diritto penale antidiscriminatorio l'esegesi proposta da Luigi Ferrajoli nella recente e cristallina opera *Manifesto per l'uguaglianza*. In questo scritto il giurista si interroga sul "perché" dell'uguaglianza e sulla ragione dell'universalità di previsioni costituzionali a presidio di tale principio. L'autorevole studioso individua due risposte: "*perché siamo differenti*, inteso "differenza" nel senso di diversità delle identità personali" e "*perché siamo disuguali*, inteso "disuguaglianza" nel senso delle condizioni di vita materiali"¹.

In altre parole, "differenze e disuguaglianze" sono "concetti non soltanto diversi, ma addirittura opposti", una opposizione, prosegue l'autore, scolpita nell'art. 3 della Costituzione. "Le *differenze* consistono nelle diversità delle nostre identità individuali: riguardano, come dice il 1 comma di questo articolo, le "distinzioni di sesso, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali" sulle quali si basano le identità di ciascuna persona. Le *disuguaglianze* consistono invece nelle diversità delle nostre condizioni economiche e materiali: riguardano, come dice il 2 comma, gli "ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana"².

In questa ricostruzione è importante il legame biunivoco che si crea tra *uguaglianza* e *dignità*. Le differenze vanno innanzitutto "tutelate e valorizzate perché sono un tutt'uno con il valore e l'identità delle persone, sicché l'uguale valore ad esse associato altro non è, secondo le parole dell'articolo 3, 1 comma della Costituzione, che la "pari dignità delle persone"³.

Discriminazione è dunque violazione del principio dell'eguale valore delle *differenze*. Una discriminazione che può essere di diritto o di fatto, la quale si verifica a dispetto dell'enunciazione dell'uguaglianza formale⁴.

Ebbene si staglia, in tale esegesi, una definizione del concetto di discriminazione che si attaglia

*Associata di Diritto Penale nell'Università degli Studi di Sassari

1 Cfr. L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2018, p. 3 ss.

2 Così Id., *cit.*, p. 4.

3 Id., *cit.* p. 8.

4 Lo studioso esemplifica le più gravi discriminazioni a livello planetario nelle discriminazioni religiose, in quelle verso le minoranze etniche, nelle persecuzioni politiche e nella "gigantesca discriminazione delle donne", nonché dei migranti nelle società occidentali. *Ibid.*, p. 22. Sul principio di uguaglianza formale, si veda A. S. Agrò, *Art. 3, 1° comma*, in *Commentario della Costituzione, principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 123 ss. Sul rapporto fra uguaglianza e differenza di trattamento, in ottica filosofica, si veda P. Denaro, *Eguaglianza e differenza di trattamento*, in *Ragion Pratica*, 2011, 1, p. 31 ss.

perfettamente al tema del diritto penale antidiscriminatorio il quale si nutre oggi della 'nuova' categoria del crimine d'odio⁵: l'essenza di tale crimine è infatti la intrinseca discriminazione che si verifica laddove si nega l'uguaglianza delle differenze – di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali – e conseguentemente si nega, a dispetto dell'uguaglianza giuridica, la pari dignità sociale della persona.

Ecco perché si parla sempre più spesso di un diritto penale antidiscriminatorio⁶ con riferimento alle discipline penalistiche di contrasto ai crimini d'odio ed ecco che, posta una doverosa premessa sulla nozione di crimine e discorso d'odio, ci accingeremo ad un approfondimento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di discriminazioni, sulla base dei diversi e principali fattori di discriminazione – razza/etnia, religione, orientamento sessuale ed identità di genere, genere – penalmente rilevanti.

2. I crimini e i discorsi d'odio

Accogliendo preliminarmente la definizione data autorevolmente dall'Osce, una delle maggiori organizzazioni impegnate nella lotta contro tali crimini, i crimini d'odio sono quei crimini commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, all'etnia, alla nazionalità, alla religione, nonché ad altre caratteristiche simili, tra le quali, benché se ne discuta, rientrano anche l'orientamento sessuale, l'identità di genere, il genere, e talvolta la disabilità⁷.

Si tratta di crimini i quali, nonostante esista un grave problema di *cifra oscura*, sono profondamente radicati nella realtà sociale. La testimonianza che tali delitti d'odio sono diffusi e che si tratta di un fenomeno fortemente radicato nella dimensione sociale ci è data dalle rilevazioni statistiche⁸. Mi limito a ricordare, con riferimento al contesto nazionale, il dato dell'Oscad, ossia dell'Osservatorio per la Sicurezza contro gli Atti Discriminatori, istituito presso la Polizia di Stato del Ministero dell'Interno, che, in collaborazione con l'Unar, l'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali, raccoglie i dati sui soggetti che abbiano subito un reato in relazione alla razza/etnia, credo religioso, orientamento sessuale/identità di genere e disabilità. Ebbene, nel 2021, secondo l'ultimo monitoraggio dell'Oscad 2022, sono 1.445 i crimini d'odio: 1.160 crimini d'odio razziale e religioso, 83 crimini d'odio sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, 202 crimini d'odio verso disabili. Il dato Oscad per il 2022, nell'aggiornamento al 2023, segnala una lieve diminuzione dei crimini d'odio sino a 1.393.

Quanto ai crimini d'odio, si può dunque affermare che si tratta di *crimini simbolici*, crimini che, se volessimo ricalcare le parole di Martha Nussbaum, violano la pari dignità degli esseri umani⁹. Ed è

5 Sia consentito il rinvio sul tema a L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene, 2019, *passim*.

6 Ne parla anche M. Virgilio, *Profili di diritto penale nel diritto antidiscriminatorio*, in A.a. V.v., *Corso di diritto antidiscriminatorio. Materiali per la formazione*, Centro Stampa Regione Emilia-Romagna, 2021, p. 255 ss.

7 Si veda per tale definizione generale, Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Osce Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2009, *passim*; nonché F. M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 1 ss.

8 Cfr. sul punto già L. Goisis, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 418 ss., in part. p. 421.

9 M. Nussbaum, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano, Il Saggiatore, 2011, p. 96 ss. L'A. afferma il principio di *non-domination*: il principio di uguaglianza e il rispetto della pari dignità della persona, di cui sono garanzia le previsioni costituzionali come la nostra, comportano non solo che non si effettui alcuna discriminazione fra i con-

questa la ragione per cui l'Osce ha ritenuto che i crimini d'odio costituiscano una categoria a parte di crimini: essi violano infatti il principio che sta alla base di ogni società civile, ossia il principio dell'uguaglianza e della pari dignità di tutti gli esseri umani, principio che, come chiarito anche da William Schabas, costituisce "il cuore della tutela dei diritti umani"¹⁰.

Si aggiunge che questi crimini, stigmatizzando un gruppo, causano maggior danno dei crimini ordinari. La vittima prima del crimine può subire conseguenze psicologiche nefaste, ma al tempo stesso la comunità cui la vittima appartiene viene intimidita e colpita, specie se si tratta di comunità storicamente fatte oggetto di discriminazione: rispetto ai crimini ordinari viene vittimizzato un numero maggiore di persone, soprattutto viene minata alla radice la coesione sociale¹¹.

Se dunque sono – come anticipato – dei crimini "a parte", dei crimini "speciali", in quanto crimini simbolici, quale trattamento deve essere loro riservato dal diritto? Quali strumenti di tutela a favore delle vittime di crimini d'odio dovranno apprestare le legislazioni nazionali? Soprattutto, sarà legittimo il ricorso al diritto penale nella lotta contro tali crimini?

Sono questi gli interrogativi che si pongono nell'attuale dibattito sui crimini d'odio.

La dottrina appare oggi divisa fra chi si fa fautore del ricorso, sebbene a certe condizioni, alla legge penale¹², e chi, in ragione delle peculiarità dei crimini ispirati dall'odio, nega alla radice la possibilità di un intervento del diritto penale, chi, infine, invoca il ricorso a strumenti ispirati ad una giustizia riparativa¹³.

Nel primo senso si pronuncia l'Osce. Scrive l'organizzazione paneuropea: "le *hate crimes laws* sono importanti (...). Riconoscendo il danno provocato alla vittima, esse veicolano verso la vittima e verso il suo gruppo il messaggio che il sistema della giustizia penale li protegge"¹⁴.

Le argomentazioni addotte a sostegno di una tale conclusione da parte dell'organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione sono sia di ordine pratico che di ordine teorico. Da un lato, il fatto che spesso legislazioni penali contro i crimini d'odio sono precedute da lunghi dibattiti parlamentari e all'interno della società civile, dibattiti i quali possono sensibilizzare rispetto al tema degli *hate crimes*; una volta approvate, le legislazioni penali sarebbero capaci di aumentare la conoscenza e le informazioni in merito a tali crimini grazie ad una raccolta di dati quantitativi e di casistica giurisprudenzia-

sociati, ma anche che i legislatori si adoperino al fine di evitare che i germi dell'odio sedimentino.

- 10 Così W. A. Schabas, *War Crimes and Human Rights. Essays on the Death Penalty, Justice and Accountability*, London, Cameron May Publishing, 2008, nell'Introduzione. Sul punto Osce, *op. cit.*, p. 19.
- 11 Osce, *Hate Crime*, cit., p. 20.
- 12 In dottrina, in tal senso, per esempio sul terreno dei crimini d'odio omofobico, E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 28 ss., nonché nello stesso senso, alla luce di un'indagine comparata, L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, pp. 3-4.
- 13 Si esprimeva in tal senso nella propria relazione, nell'ambito del Convegno dal titolo *Preventing and Responding to Hate Crimes: the Italian Experience*, tenutosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano il 17 dicembre 2012, C. Mazzucato, *Il diritto penale italiano e gli hate crimes*. Per una tesi analoga, relativa agli effetti mimetici della violenza, v. anche Id., *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. Bertagna, A. Ceretti, C. Mazzucato, (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano, Il Saggiatore, 2015, p. 251 ss., in part. p. 260 s., nonché sulla via della mediazione per i reati a sfondo razziale, etnico e religioso, Id., *Offese alla libertà religiosa e scelte di criminalizzazione. Riflessioni de iure condendo sulla percorribilità di una politica mite e democratica*, in G. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro, *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 96 ss., in part. p. 134 ss. Cfr. sul tema, nella letteratura straniera, M. A. Walters, *Hate Crimes and Restorative Justice*, London, Oxford University Press, 2014, p. 32 ss.
- 14 Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Osce Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2009, cit., p. 7, nonché p. 21 ss.

le¹⁵.

Sotto il profilo teorico, un trattamento sanzionatorio aggravato riservato ai crimini d'odio dal diritto penale sarebbe giustificato quale strumento per esprimere con forza la condanna della società rispetto a tali crimini per la loro maggior "dannosità sociale" e soprattutto per il grado maggiore di colpevolezza dell'autore, in considerazione del motivo d'odio che lo anima¹⁶.

In effetti, le argomentazioni spese dall'Osce non appaiono prive di fondamento.

Un delitto commesso per motivi d'odio (sia esso razziale, religioso, omofobico, o d'altra natura) espone l'agente ad un rimprovero più intenso rispetto ad un delitto commesso per un motivo differente: applicare dunque un aggravamento di pena non appare in contrasto con i principi penalistici, nemmeno con la scelta per un diritto penale oggettivistico, il quale, benché centrato sull'offesa a beni giuridici, non può nemmeno rinunciare a valorizzare le componenti soggettive del reato (accade spesso che le circostanze del reato siano impregnate sui motivi)¹⁷.

Né appare priva di rilievo, sotto l'angolazione di una funzione morale-pedagogica o di orientamento culturale della pena, l'argomentazione dell'utilizzo dello strumento penale nella lotta ai crimini d'odio.

Si pensi, a *fortiori*, benché si tratti di categorie giuridiche differenti, che gli *hate crimes* vengono talora avvicinati, quanto a gravità, al crimine di genocidio, il più grave tra i crimini internazionali. Il genocidio richiede infatti l'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso¹⁸. Ragione per la quale abbiamo scelto di optare per la dicitura "crimini d'odio", anziché "reati d'odio", pur consapevoli che di reati e non di crimini internazionali in senso stretto si sta trattando, ciò al fine di segnalare, come chiarisce l'Osce, la "natura speciale" di tali forme di manifestazione delittuose. Non è un caso che la medesima dicitura venga adottata dagli illustri penalisti che hanno tradotto la Guida, più volte da noi citata, predisposta dall'Osce sugli *Hate Crimes*¹⁹.

In rapporto di *species a genus* rispetto al crimine d'odio si pone il discorso d'odio, il cui inquadramento è tuttora incerto: tuttavia, esso può essere definito, secondo le indicazioni del Consiglio d'Europa, come "qualsiasi forma di espressione che diffonda, inciti, promuova o giustifichi l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza"²⁰. Una definizione ri-

15 Così Osce, *op. cit.*, p. 22.

16 *Ibid.*, pp. 22-23.

17 In tal senso molto efficacemente già E. Dolcini, *Omofobia e legge penale*, cit., pp. 33-34.

18 In via preliminare si può dire che il genocidio consiste nell'uccisione, la distruzione, lo sterminio di gruppi o membri di un gruppo in quanto tali. Quanto all'elemento oggettivo suindicato esso è contemplato nell'art. II della Convenzione sul genocidio del 1948 e ripreso dall'art. 6 dello Statuto di Roma. Peculiare nel delitto di genocidio è l'atteggiarsi dell'elemento soggettivo: l'agente deve aver agito con dolo specifico, ossia con l'intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo etnico, nazionale, razziale o religioso. Nonostante l'art. 6 non lo preveda espressamente, perché siano punibili gli atti di genocidio è necessario che siano commessi in quanto parte di un attacco ampio e sistematico o di un piano ampio e generalizzato di distruzione di un gruppo. Cfr. A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale, I, Diritto sostanziale*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 121 ss. Sui vari genocidi perpetrati nel XX secolo in Europa, si veda N. M. Naimark, *La politica dell'odio*, Bari, Laterza, 2002, p. 3 ss.

19 Cfr. Osce, *Perseguire Giudizialmente i Crimini d'Odio. Una guida pratica*, 2016, traduzione ad opera di A. M. Dell'Osso e V. Dell'Osso (Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano) e di Mattia F. Ferrero (Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano).

20 Recommendation No. (97) 20 of the Council of Europe. Cfr. A. Weber, *Manual on Hate Speech*, Council of Europe, 2009, p. 3; R. C. Post, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in D. Tega, (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, UNAR, 2011, p. 97. Sul discorso negazionista, v. M. Spatti, *Hate Speech e negazionismo tra restrizioni alla libertà d'espressione e abuso del diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, IX, p. 341 ss., A. S.

badita, da ultimo, nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2022) 16 (1), finalizzata a combattere l'*hate speech*, ove quest'ultimo si definisce come "ogni forma di espressione che incita, promuove, diffonde o giustifica violenza, odio o discriminazione contro una persona o un gruppo di persone, o che li denigra, in ragione delle loro reali o apparenti caratteristiche personali o *status*, come la "razza", il colore, il linguaggio, la religione, la nazionalità, l'origine etnica o nazionale, l'età, la disabilità, il sesso, l'identità di genere e l'orientamento sessuale"²¹.

La dottrina, come emerge dai più recenti contributi sull'argomento, si interroga specificamente sull'opportunità di utilizzare lo strumento penale per contrastare tali fenomeni, in grado, secondo la ricerca criminologica, di creare un clima favorevole alla violenza dell'odio. La ricerca criminologica, infatti, sottolinea la pericolosità e la nocività di queste particolari fenomenologie criminali, evidenziando anche come si tratti di reati che creano il terreno culturale che incoraggia e legittima i crimini di odio violento²². Il ricorso al diritto penale a tutela delle vittime rischia spesso di generare un conflitto con diritti fondamentali quali, nel caso emblematico dell'incitamento all'odio, la libertà di espressione²³. Da un punto di vista specificamente penalistico, poi, sorgono problemi per quanto riguarda il rispetto del principio di offensività, laddove tali incriminazioni comportano il rischio di creare nuovi reati di opinione²⁴. Il nodo è così problematico che in letteratura non mancano voci dissonanti: di fronte a chi suggerisce un approccio che si appella, seppur a determinate condizioni, al diritto penale²⁵, non mancano studiosi che, per le peculiarità dell'*hate speech*, negano l'opportunità di fornire protezione penale, altri ancora invocano l'uso di strumenti ispirati alla giustizia riparativa²⁶. Significativo tuttavia che nella direzione del ricorso al diritto penale – sia per i crimini che per i discorsi d'odio – si ponga invariabilmente la normativa internazionale ed europea, nonché il diritto straniero²⁷. Senza ripercorrere, per ragioni di economia del presente lavoro, la normativa europea, scegliamo di concentrarci, come anticipato, sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia, onde trarre le linee direttrici del moderno diritto penale antidiscriminatorio europeo.

Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2016, 3, p. 280 ss.; E. Fronza, A. Gamberini, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 1 ss.; D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2015, 4, p. 325 ss., A. di Martino, *Assassini della memoria: strategie argomentative in tema di rilevanza (penale) del negazionismo*, in G. Cocco, (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, Cedam, 2016, p. 193 ss.

- 21 Recommendation CM/Rec (2022)16 (1) of the Council of Europe, reperibile sul sito del Consiglio d'Europa.
- 22 F. M. Lawrence, *Punishing*, cit., p. 80 ss.; P. B. Gerstenfeld, *Hate Crimes. Causes, Controls, and Controversies*, Los Angeles-London, Sage, 2018, p. 35.
- 23 E. Dolcini, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, cit., p. 24 ss., p. 25.
- 24 *Ibidem*. A. Spena, *Libertà d'espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 689 ss.; nella letteratura straniera C. Yong, *Does Freedom of Speech Include Hate Speech?*, in *Res Publica*, 2011, 17, 385 ss.
- 25 Tra gli altri, L. Goisis, *Omofobia e diritto penale*, cit., pp. 3-4. Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Osce Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2009, già citato, p. 7.
- 26 Contro l'incriminazione del discorso d'odio si esprime A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà d'espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 1 ss, in part. p. 6 ss. Sulla giustizia riparativa, v. C. Mazzucato, *Offese alla libertà religiosa e scelte di criminalizzazione. Riflessioni de iure condendo sulla percorribilità di una politica mite e democratica*, cit., p. 134 ss.
- 27 Per un'ampia panoramica sul diritto straniero e sulla normativa internazionale ed europea, sia consentito il rinvio a L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., rispettivamente p. 45 ss., p. 24 ss.

2.1. La più recente giurisprudenza della Corte Edu in materia, in relazione a discriminazioni razziali, religiose, per orientamento sessuale e identità di genere

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani si è trovata spesso a giudicare in materia di crimini d'odio e, segnatamente, in materia di *hate speech*, nonché di negazionismo.

Scegliamo di ripercorrere, sia pur in forma sintetica e privilegiando le pronunce più significative, la giurisprudenza della Corte in ordine ai crimini e ai discorsi d'odio in ragione della delicatezza e della centralità dei problemi posti in tali casi giudiziari e dell'importanza di questo *corpus* giurisprudenziale nell'interpretazione del quadro legislativo italiano, posto che esso costituisce parametro di costituzionalità per la Corte Costituzionale italiana in base all'interpretazione data al primo comma dell'art. 117²⁸.

Come emerge dal Manuale europeo del diritto antidiscriminatorio, "reati come minacce, aggressioni fisiche, danni alle cose o anche omicidi motivati dall'intolleranza verso alcuni gruppi nella società sono descritti come reati generati dall'odio o reati generati da pregiudizi. I reati generati dall'odio possono quindi essere qualsiasi tipo di crimine che colpisce una persona per le sue caratteristiche percepite. L'elemento essenziale che contraddistingue i reati generati dall'odio dagli altri è la motivazione del pregiudizio"²⁹.

Nel quadro del diritto della CEDU, il divieto di discriminazione comporta un obbligo di contrastare i reati motivati da razzismo, xenofobia, intolleranza religiosa o disabilità, dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere di una persona.

La Corte europea ha statuito in una serie di casi (per esempio nel caso *M.C. e A.C. v. Romania*, 12 aprile 2016, No. 12060/12, par. 113) che trattare la violenza e la brutalità determinata da atteggiamenti discriminatori alla stregua della violenza senza tali connotazioni equivarrebbe a chiudere un occhio sulla natura specifica di atti che sono particolarmente distruttivi per i diritti fondamentali. La Corte ha anche sottolineato che, benché la scelta dei mezzi adeguati di deterrenza rientri nel margine di discrezionalità dello Stato, un efficace effetto deterrente contro gli atti gravi richiede disposizioni penali efficienti. La Corte Edu ha stabilito altresì che gli Stati hanno un obbligo di indagare sulla possibile esistenza di una motivazione discriminatoria dietro un atto di violenza e che trascurare tale componente di pregiudizio che ha sorretto un reato equivale a una violazione dell'art. 14 della CEDU (ad esempio in *Abdu v. Bulgaria*, 11 marzo 2014, No. 26827/08). Ciò indipendentemente dal fatto che tale abuso sia perpetrato da soggetti statali o parti terze (*R.B. v. Ungheria*, 12 aprile 2016, No. 64602/12, par. 39).

In secondo luogo, la Corte di Strasburgo, dopo aver statuito tale principio generale, si è pronunciata in numerosi casi di crimini d'odio razziale e religioso, così come di crimini d'odio omotransfobico e di genere: a quest'ultima forma di discriminazione dedicheremo, per la sua rilevanza e per il carattere emergenziale della violenza di genere, un successivo paragrafo a sé.

Quanto ai crimini d'odio frutto di discriminazione razziale si segnala quale significativa la sentenza *Škorjanec v. Croazia* (*Škorjanec v. Croazia*, 28 marzo 2017, No. 25536/14), un caso riguardante

²⁸ Sul punto P. Tanzarella, *L'hate speech nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in D. Tega, (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, cit., p. 151 ss., p. 155. La sinteticità è legata anche alla mole imponente di decisioni della Corte che non consente una disamina esaustiva in questa sede. Più in generale sul diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte e sul ruolo della giurisprudenza europea nel nostro ordinamento, B. Micolano, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 1 ss.

²⁹ Fra, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e Consiglio d'Europa, 2019, p. 87 ss., p. 89.

atti di violenza razziale. La Corte ha avuto modo di specificare che l'obbligo delle autorità di indagare eventuali motivazioni razziste riguarda non solo gli atti di violenza basati sulle caratteristiche o sulle condizioni personali percepite o effettive della vittima, bensì anche sull'associazione o affiliazione, presunta o reale, con un'altra persona che concretamente o verosimilmente ha una condizione particolare o è portatrice di una caratteristica protetta. La Corte ha altresì precisato che le autorità inquirenti si sono basate sul fatto che la ricorrente non fosse in prima persona di origine *rom* e si sono rifiutate di verificare se fosse però stata percepita come tale dagli aggressori. Le autorità, proseguiva la Corte, non hanno tenuto conto e stabilito il nesso tra la motivazione razzista dell'aggressione e l'associazione della richiedente con il suo compagno che era di origine *rom*. La Corte Edu ha quindi concluso che vi era stata violazione dell'art. 3 sul piano procedurale in combinato disposto con l'art. 14 della CEDU.

Analogamente un caso di crimine d'odio razziale si riscontra nella decisione *Nachova e a. v. Bulgaria* (*Nachova e a. v. Bulgaria* [GC], 6 luglio 2005, No. 43577/98 e No. 43579/98) la quale riguardava due uomini *rom* uccisi a colpi di arma da fuoco mentre tentavano di sottrarsi alla polizia militare che intendeva arrestarli perché si erano assentati senza permesso. Un vicino di una delle vittime sosteneva che, subito dopo la sparatoria, il militare che aveva ucciso le vittime gli avesse urlato «*Maledetti zingari*». La Corte Edu ha constatato che lo Stato aveva violato il diritto alla vita delle vittime (art. 2 della CEDU), non solo sotto il profilo sostanziale, ma anche sotto quello procedurale, in quanto non aveva condotto un'indagine adeguata sui decessi. Ha inoltre dichiarato che la mancata conduzione dell'indagine violava anche il diritto di non subire discriminazioni in associazione con l'art. 2, in quanto lo Stato aveva l'obbligo di accertare specificamente l'esistenza di un'eventuale motivazione razzista.

Accanto ai crimini d'odio razziale, spiccano decisioni in materia di crimini d'odio religioso. Rileva in particolare il caso *97 membri della Congregazione dei Testimoni di Geova di Gldani e 4 a. v. Georgia*, 3 maggio 2007, No. 71156/01: in tale caso si giudicava su di una aggressione ad un gruppo di Testimoni di Geova da parte di un gruppo di estremisti ortodossi. Seppure avvisata, la polizia non era intervenuta per impedire gli atti di violenza. La successiva indagine veniva interrotta in quanto, stando alla polizia, non era stato possibile accertare l'identità dei convenuti. La Corte Edu ha concluso che il mancato intervento da parte della polizia per proteggere le vittime dalla violenza per motivi religiosi e la successiva mancanza di un'indagine adeguata costituivano una violazione dell'art. 3 (diritto di non subire pene o trattamenti inumani o degradanti) e dell'art. 9 (diritto alla libertà di religione) della CEDU in combinato disposto con l'art. 14, che prevede il divieto di discriminazione, in quanto si basava su motivi religiosi³⁰.

Numerosi i pronunciamenti in materia di crimini d'odio omotransfobico.

Un primo esempio, tra la giurisprudenza più recente, è rappresentato dal caso *Identoba e a. v. Georgia* (*Identoba e a. v. Georgia*, 12 maggio 2015, No. 73235/12) riguardante un attacco omofobico contro i partecipanti ad una manifestazione pacifica di associazioni che promuovono i diritti LGBT. La Corte Edu ha confermato che i "reati generati dall'odio" motivati dall'orientamento sessuale contro gli individui costituiscono una violazione dell'articolo 3 della CEDU in combinato disposto con l'articolo 14. La Corte di Strasburgo ha sottolineato che le autorità georgiane conoscevano o avrebbero dovuto conoscere i rischi inerenti alla manifestazione, considerando le varie relazioni sulla situazione di lesbi-

³⁰ Non mancano casi riguardanti discriminazioni su base politica, benché essi non rientrino nel concetto di crimine d'odio accolto in dottrina. Nel caso *Virabyan v. Armenia* (*Virabyan v. Armenia*, 2 ottobre 2012, No. 40094/05), il ricorrente, un membro del partito di opposizione, è stato arrestato durante una dimostrazione antigovernativa. È stato successivamente portato alla stazione di polizia, dove ha subito gravi lesioni. Il ricorrente lamentava che a causa delle sue opinioni politiche era stato maltrattato durante la detenzione preventiva. La Corte Edu ha statuito che lo Stato non aveva esaminato l'esistenza di un nesso di causalità tra le presunte motivazioni politiche e l'abuso subito dal ricorrente. La Corte ha quindi concluso che vi era stata violazione dell'art. 14 della CEDU in combinato disposto con l'art. 3 sul piano procedurale.

che, gay, bisessuali e *transgender* in Georgia. Dato che la polizia non aveva fornito protezione in modo tempestivo e adeguato a questo individuato gruppo sociale, le autorità non avevano adempiuto ai loro obblighi di garantire un'adeguata tutela contro i crimini d'odio.

Un ulteriore esempio di crimine d'odio omotransfobico si rintraccia nella causa *M.C. e A.C. v. Romania* (*M.C. e A.C. v. Romania*, 12 aprile 2016, No. 12060/12). I ricorrenti erano stati aggrediti da un gruppo di persone mentre tornavano a casa dalla marcia annuale del *gay pride* e oltre che raggiunti da offese a sfondo omofobo venivano colpiti con calci e pugni. La Corte di Strasburgo ha stabilito che le autorità non avevano tenuto conto di eventuali motivazioni discriminatorie nelle indagini sull'attacco omofobo e ha concluso che vi era stata una violazione dell'art. 3 (sul piano procedurale), in combinato disposto con l'art. 14 della CEDU³¹.

Veniamo all'analisi della giurisprudenza della Corte Edu in materia di *discorsi d'odio*. Tradizionalmente, la Corte di Strasburgo applica, laddove giudica casi di *hate speech*, due norme della CEDU: l'art. 10 e l'art. 17. La prima disposizione disciplina la libertà d'espressione ed i limiti all'esercizio del diritto, contemplati nel paragrafo 2 del medesimo articolo³²; la seconda contempla il divieto dell'abuso del diritto³³.

L'art. 10 CEDU, è noto, tutela il diritto alla libertà d'espressione quale libertà d'opinione e libertà di ricevere e di comunicare informazioni. Si tratta, tuttavia, di un "diritto condizionato"³⁴: sono cioè ammesse delle interferenze rispetto a tale fondamentale diritto qualora risultino 'conformi alla legge' e 'necessarie in una società democratica', al fine di tutelare i contro-interessi espressamente indicati nella norma (sicurezza nazionale, integrità territoriale, ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione della reputazione o dei diritti altrui, impedimento alla divulgazione di informazioni confidenziali, autorità e imparzialità del potere giudiziario). Storicamente, come è stato di recente ricordato, la giurisprudenza della Corte in tale materia attiene eminentemente alla "tutela dei diritti dell'uomo dal diritto penale", in relazione al divieto di incriminare e punire condotte che rappresentano esercizio della libertà d'espressione³⁵.

Quando si confronta con tale norma, la Corte deve verificare nell'ordine: se una interferenza con la libertà d'espressione vi è stata, se l'interferenza è prescritta dalla legge e persegue un fine legittimo, e, infine, se tale interferenza appare essere necessaria in una società democratica, il che implica che tale interferenza sia proporzionata al fine perseguito³⁶.

31 Per un'ampia rassegna di casi si rimanda a Fra, *Manuale europeo*, cit., p. 89 ss.

32 Sulle più recenti decisioni in tema di libertà d'espressione e correlativi limiti, si veda L. Beduschi, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 Cedu)*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2012, 3-4, p. 282 ss. Sul tema della libertà d'espressione di cui all'art. 10 CEDU, vedi anche L. Ruggeri, *Giurisprudenza della Corte europea dei Dritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, ESI, 2009, p. 133 ss. Più in particolare, sui principi che emergono dalla giurisprudenza della Corte europea e sui diversi precedenti in materia di libertà d'espressione, si veda A. Weber, *Manual on Hate Speech*, cit., p. 19 ss., nonché 30 ss. in relazione ai criteri applicativi dell'art. 10, par. 2 CEDU. Nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte emerge che, in assenza di un consenso uniforme in sede europea su certi temi, come per esempio quelli che coinvolgono la morale e la religione, un maggior margine di apprezzamento è consentito ai singoli Stati membri in ordine alle restrizioni alla libertà d'espressione. La Corte, tuttavia, difficilmente ammette restrizioni della libertà d'espressione nella sfera del discorso politico e nelle questioni di interesse generale. *Ibidem*, p. 35.

33 Cfr. M. Spatti, *op. cit.*, p. 341 ss., nonché P. Tanzarella, *op. cit.*, p. 151 ss. Sia consentito il rinvio altresì a L. Goisis, *Libertà d'espressione*, cit., p. 418 ss.

34 In tal senso L. Beduschi, *op. cit.*, p. 282 s.

35 Salvo che ciò sia ritenuto *necessario* e *proporzionato* rispetto ai contro-interessi più sopra menzionati ed elencati nel par. 2 dell'art. 10 (corsivo aggiunto). Cfr. *Id.*, *op. cit.*, p. 283.

36 Cfr. A. Weber, *Manual*, cit., p. 19.

Ebbene, la Corte europea ha adottato questo schema interpretativo in numerose decisioni in materia di *hate speech*, nonché di negazionismo.

Innanzitutto, la Corte ha affermato un principio che vale sul terreno dell'*hate speech*, secondo il quale la libertà d'espressione si estende anche alle idee che scioccano, urtano ed inquietano, poiché ciò è imposto dalla tolleranza propria delle società democratiche³⁷. Ciononostante, la Corte sottolinea come la libertà d'espressione comporti anche dei 'doveri e delle responsabilità'.

Un principio quest'ultimo sancito esplicitamente, tra l'altro, in due casi di *hate speech* razziale ed omofobico: *Féret v. Belgium* e *Vejdeland et alii v. Svezia*³⁸.

Nel primo caso, relativo alla manifestazione di opinioni razziste durante una campagna elettorale, la Corte afferma che "attacchi verso le persone commessi insultando, ridicolizzando, diffamando determinati gruppi della popolazione possono essere sufficienti affinché le autorità combattano i discorsi razzisti anche contro la libertà d'espressione esercitata in maniera irresponsabile"³⁹.

Analogamente, nel caso *Vejdeland*, i giudici chiariscono che non è necessario dimostrare che vi è stato un attuale richiamo alla violenza e al crimine, ma è sufficiente, perché possa dirsi integrato un incitamento all'odio, l'insultare, il ridicolizzare, l'ingiuriare. Ciò rappresenta, secondo la Corte, un esercizio irresponsabile del diritto alla libertà d'espressione. La tolleranza è uno dei capisaldi della democrazia e la tutela della democrazia non può consentire un esercizio abusivo della libertà d'espressione. In altre parole, i giudici riconoscono, con analisi lucida e condivisibile, che una limitazione del diritto alla libertà d'espressione sia giustificata ed anzi doverosa laddove di tale diritto si abusi, attraverso discorsi d'odio nei confronti di gruppi sociali individuati, quale nel caso di specie il gruppo omosessuale. Una sentenza, la cui originalità risiede, tra l'altro, nella equiparazione del discorso d'odio omofobico al discorso d'odio razziale. Scrive infatti la Corte: "la discriminazione basata sull'orientamento sessuale è tanto grave quanto la discriminazione basata sulla razza, l'origine o il co-

³⁷ Cfr. tra le altre *Handyside v. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, No. 5493/72, par. 49.

³⁸ Tra le molte, *Féret v. Belgium*, 16 luglio 2009, No. 1561/07 e *Vejdeland et alii v. Svezia*, 9 febbraio 2012, No. 1813/07. Nel primo caso il ricorrente era il Presidente del partito politico belga *Front National*, il quale, durante la campagna elettorale, oltre a comizi dai toni violenti, aveva distribuito volantini incentrati sull'opposizione all'islamizzazione del Belgio e sul rimpatrio forzato degli immigrati. I giudici interni lo condannavano ad una pena detentiva di dieci mesi e a svolgere attività di volontariato in un centro per l'integrazione dei migranti e all'interdizione dall'elettorato passivo per sei anni. La Corte europea dei diritti umani, adita in ragione della violazione dell'art. 10 CEDU, nega che tale violazione sia occorsa nel caso di specie. Quanto al secondo caso giudiziario, oggetto del vaglio della Corte Edu è una condanna emessa sulla base della legge penale svedese che, incriminando il reato di incitamento all'odio contro un gruppo nazionale o etnico, interferisce con l'esercizio della libertà d'espressione di cui all'art. 10 CEDU. Questi i fatti di causa. Nel dicembre 2004 i ricorrenti, di cittadinanza svedese, si recano presso una scuola secondaria superiore e distribuiscono un centinaio di volantini depositandoli negli armadietti degli studenti della scuola. I volantini sono opera di una organizzazione denominata *National Youth* e contengono, tra l'altro, propaganda omofoba. A seguito di tale gesto, i quattro ricorrenti vengono accusati del reato di incitamento all'odio contro un gruppo nazionale o etnico, secondo quanto previsto dal codice penale svedese al Capitolo 16, Art. 8. La Corte distrettuale svedese, in primo grado, riconosceva chiaramente che il tenore dei volantini era espressione di disprezzo nei confronti degli omosessuali e che, a dispetto di quanto sostenuto dalla difesa, le affermazioni contenute nei volantini travalicavano, e di molto, quella che poteva essere considerata "una obiettiva discussione sugli omosessuali come gruppo". In ragione di ciò la Corte riteneva la sussistenza del reato e condannava alla pena della reclusione (2 mesi) i primi due ricorrenti, ad una pena pecuniaria sospesa e al *probation* rispettivamente il terzo e il quarto ricorrente. Ribaltata in appello, la decisione veniva confermata dinanzi alla Corte Suprema statale. I ricorrenti adivano la Corte Edu per violazione dell'art. 10. Cfr. rispettivamente P. Tanzarella, *op. cit.*, p. 160 s., L. Goisis, *op. ult. cit.*, p. 420 ss.

³⁹ *Féret v. Belgium*, cit., par. 73.

lore”⁴⁰.

La Corte sceglie altresì, in tale caso giudiziario, di dare una risposta allo spinoso problema dell'utilizzo della sanzione penale nella lotta contro i crimini d'odio: al pari dei crimini d'odio razziale, anche i crimini d'odio omofobico – che la Corte equipara quanto a gravità – possono essere contrastati tramite il ricorso al diritto penale. È legittimo, sembra dire la Corte, che i legislatori statali si dotino di una legislazione penale che sanzioni l'omofobia⁴¹. Si tratta, come già evidenziato, di operare un bilanciamento equilibrato degli interessi in gioco: l'art. 10 trova un limite infatti nel principio di non discriminazione di cui all'art. 14 CEDU.

La Corte, tuttavia, cerca di distinguere, in base al contenuto delle espressioni, i discorsi d'odio dalle critiche, anche veementi, verso persone o fatti, come nella sentenza *Günduz v. Turchia*, ove il ricorrente, appartenente ad un gruppo estremista islamico, in una trasmissione televisiva aveva criticato con forza i principi di laicità e democrazia, inneggiando alla *sharia*⁴²: la Corte stabilì che difendere la *sharia* senza invocare la violenza per attuarla non costituisce *hate speech*.

Un elemento ulteriore di cui si tiene conto, per la Corte, è anche l'intenzione dell'autore delle espressioni nel momento in cui le pronuncia: se intendesse cioè propagandare idee razziste e violente o se volesse solo informare il pubblico. Tuttavia, la ricostruzione dell'intenzione dell'autore dei discorsi non è decisiva, come emerge nel caso *Leroy v. Francia*, ove si sottolinea che certi messaggi possono avere effetti discriminatori e violenti che vanno oltre le intenzioni di chi li proferisce⁴³.

Soprattutto, il mezzo utilizzato per la divulgazione ha importanza decisiva per la Corte: laddove infatti vengano pronunciati discorsi d'odio attraverso la stampa e i *media*, l'impatto del discorso sarà più marcato e dunque più stringente lo scrutinio del giudice europeo. Tuttavia, nella sentenza ora citata, il discorso razzista era contenuto in un giornale a tiratura limitata e ciononostante la Corte lo ha ritenuto capace di produrre atti violenti. Diversamente, la Corte sembra riservare maggiore spazio alle idee violente nell'ambito di espressioni artistiche, nonché sul terreno della satira, anche se nemmeno in tali ambiti sia consentita una tutela assoluta della libertà d'espressione⁴⁴.

Importante è poi il contesto nonché il destinatario dei discorsi d'odio: significativo in tal senso ancora il caso *Vejdeland* ove la Corte attribuisce rilievo al contesto scolastico in cui la diffusione di volantini omofobi avviene e ai destinatari, soggetti minorenni e dunque fortemente impressionabili e vulnerabili, dando altresì peso alla circostanza che, essendo i volantini stati lasciati negli armadietti degli studenti, costoro non avevano potuto sottrarsi alla propaganda omofoba⁴⁵.

Sempre in tema di propaganda omofoba si segnalano i recenti casi *Lilliendhal v. Iceland* e *Beizaras and Levickas v. Lithuania*⁴⁶, ove viene apertamente riconosciuta la violazione del divieto di di-

40 *Vejdeland et alii v. Svezia*, cit., par. 55.

41 Su tale decisione, ampiamente, L. Goisis, *Libertà*, cit., p. 421 ss.

42 *Günduz v. Turchia*, 4 dicembre 2003, No. 35071/97, par. 51.

43 *Leroy v. Francia*, 2 ottobre 2008, No. 36109/03, parr. 42 ss. Su tale decisione e sul punto, si veda M. Spatti, cit., p. 348.

44 Cfr. Id., cit., p. 349.

45 Sul punto L. Goisis, *op. ult. cit.*, p. 422.

46 Nel caso *Lilliendhal v. Iceland*, 12 maggio 2020, No. 29297/18, un consiglio municipale islandese approvava una proposta per rafforzare la consulenza nelle scuole per coloro che si identificano come lesbiche, gay, bisessuali o *transgender*. La decisione veniva riportata dalla cronaca e suscitava un ampio dibattito pubblico, tra l'altro, alla stazione radiofonica Ú.S, con l'esito di commenti online di disgusto verso la proposta. L'autore dell'*hate speech* omotransfobico veniva condannato. La Corte Edu, chiamata a pronunciarsi sul caso, non ha riscontrato alcuna violazione dell'articolo 10 della CEDU, che tutela la libertà d'espressione, in quanto ha ritenuto che i commenti incriminati equivalessero a incitamento all'odio e integrassero una forma di *hate speech* illegittimo alla luce della Convenzione europea. Nel caso *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, 14 maggio 2020, No. 41288/15, si statuisce in termini simili. Scrive la Corte: "Having regard to all the material at hand, the Court

scriminazione di cui all'art. 14 CEDU dinanzi a forme di *hate speech* omotransfobico, anche *online*, e si afferma la prevalenza, in tali casi, della dignità della persona sulla libertà d'espressione.

In senso contrario, nel caso *Sousa Goucha v. Portogallo* (22 marzo 2016, No. 70434/12), ove il ricorrente, un conosciuto conduttore televisivo omosessuale, è stato oggetto di uno scherzo durante un programma televisivo comico in diretta, nel corso del quale veniva apostrofato come donna, la Corte Edu non ha ritenuto che uno scherzo che paragona un uomo omosessuale a una donna costituisca un discorso omofobo di incitamento all'odio. Pertanto, la decisione delle autorità di non luogo a procedere non violava l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione europea.

In tema di discorsi d'odio religioso, si segnala anche il caso *Karaahmed v. Bulgaria* (24 febbraio 2015, No. 30587/13): il ricorrente si era recato in una moschea di Sofia durante la consueta preghiera del venerdì. Lo stesso giorno, circa 150 sostenitori di un partito politico di destra sono andati a protestare contro il volume degli altoparlanti della chiamata alla preghiera della moschea. I manifestanti hanno urlato insulti contro i fedeli presenti e hanno lanciato uova e pietre. È scaturita poi una rissa tra diversi manifestanti e fedeli, quando i primi hanno installato i loro altoparlanti sul tetto della moschea per coprire l'audio delle preghiere e gli ultimi hanno tentato di toglierli. L'incapacità delle autorità nazionali di raggiungere un giusto equilibrio nelle loro misure per garantire l'esercizio effettivo e pacifico dei diritti dei manifestanti e dei diritti del ricorrente e degli altri fedeli di pregare insieme, nonché di reagire adeguatamente a questi eventi e in particolare all'incitamento all'odio, ha significato un insuccesso dello Stato nell'ottemperare ai suoi obblighi positivi previsti dall'articolo 9 (libertà di religione) della CEDU⁴⁷.

Lo stesso ruolo dell'autore dei discorsi ha un suo peso: politici, giornalisti, insegnanti hanno per la Corte europea sì ampia libertà, ma anche precisi doveri e responsabilità⁴⁸.

La proporzionalità della sanzione ha inoltre un rilievo importante per la Corte nel valutare la legittimità di eventuali limitazioni della libertà di espressione.

Significativo, sul terreno dei discorsi d'odio, il ricorso al diverso art. 17, relativo all'abuso del diritto. L'art. 17 CEDU ha la finalità di evitare che i principi sanciti nella Convenzione europea dei diritti

thus finds it established, firstly, that the hateful comments, including undisguised calls for violence by private individuals directed against the applicants and the homosexual community in general, were prompted by a bigoted attitude towards that community and, secondly, that the very same discriminatory state of mind was at the core of the failure on the part of the relevant public authorities to discharge their positive obligation to investigate in an effective manner whether the comments regarding the applicants' sexual orientation constituted incitement to hatred and violence; by downplaying the seriousness of the comments, the authorities at the very least tolerated them (...). In the light of these findings, the Court also considers it established that the applicants suffered discrimination on the grounds of their sexual orientation. It further considers that the Government did not provide any justification showing that the impugned distinction was compatible with the standards of the Convention (...). Accordingly, the Court holds that in the present case there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8".

⁴⁷ In materia di odio religioso, si segnala anche il caso *Belkacem v. Belgium*, 20 luglio 2017, No. 34367/14, ove la Corte ha affrontato il caso della condanna del leader dell'organizzazione "Sharia4Belgio" per incitamento alla discriminazione, all'odio e alla violenza a causa delle osservazioni da lui formulate nei video di YouTube riguardanti gruppi non musulmani e la Sharia. La Corte ha dichiarato il ricorso irricevibile, affermando che il contenuto dei video disponibili *online* era marcatamente odioso e che il ricorrente cercava di suscitare odio, discriminazione e violenza nei confronti di tutti i non musulmani. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che, conformemente all'art. 17, il ricorrente non poteva far valere la tutela dell'art. 10. Sul punto cfr. F. Casarosa, *Libertà di espressione e contrasto ai discorsi d'odio*, Handbook sulle tecniche di interazione giudiziale nell'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, European University Institute, al sito www.cjc.eu.eu.

⁴⁸ Rispettivamente: *Féret v. Belgium*, cit., parr. 75 ss.; *Sürek v. Turchia*, 8 luglio 1999, No. 23927/94 e No. 24277/94, par. 63; *Seurot v. Francia*, 18 maggio 2004, No. 57383/00.

dell'uomo siano aggirati con azioni finalizzate a distruggere quegli stessi principi, come accaduto in tema di discorsi d'odio razziale⁴⁹. Tale articolo è stato utilizzato per esempio per combattere le dottrine totalitarie contrarie alla Convenzione, per condannare il negazionismo⁵⁰, nonché il discorso d'odio razziale.

La giurisprudenza in materia è molto vasta e talvolta l'art. 17 è applicato unitamente all'art. 10, talaltra l'art. 17 funge da causa di irricevibilità del ricorso specie di fronte a fatti di spiccata gravità, precludendo l'analisi nel merito.

Ci limitiamo a ricordare due recenti sentenze, per l'importanza delle statuizioni: la sentenza *Perinçek*, un caso di negazionismo del genocidio Armeno, giudicato non concretamente pericoloso⁵¹ e, con esiti opposti, il caso *Dieudonné*, ove uno spettacolo pubblico, apparentemente artistico, ha rappresentato una presa di posizione d'odio e antisemita, capace di integrare l'abuso del diritto (di manifestazione del pensiero) di cui all'art. 17 CEDU⁵².

Nel primo caso, il ricorrente, un accademico turco, è stato condannato per aver negato pubblicamente che vi fosse stato il genocidio del popolo armeno per mano dell'impero ottomano. Tenendo particolarmente conto del contesto in cui sono state fatte le dichiarazioni, del fatto che esse non hanno leso la dignità dei membri della comunità armena al punto da richiedere una condanna penale e che il diritto internazionale non imponeva alla Svizzera alcun obbligo di considerare reato tali dichiarazioni, la Corte Edu ha ritenuto che le dichiarazioni del ricorrente trattavano una questione di interesse pubblico e non avessero costituito un incitamento all'odio.

Nel secondo caso, il ricorrente era un comico, condannato per aver espresso pareri antisemiti e negazionisti durante i suoi spettacoli dal vivo. Il ricorrente sosteneva che la condanna avesse violato la sua libertà d'espressione. La Corte Edu ha stabilito che i discorsi d'odio e di antisemitismo nonché il sostegno alla negazione dell'Olocausto non rientrano nella protezione offerta dell'articolo 10 della CEDU. La Corte ha altresì rilevato il tentativo del ricorrente di "deviare l'articolo 10 dalla sua reale funzione, utilizzando il diritto alla libertà d'espressione per fini incompatibili con il testo e lo spirito della Convenzione e che, se ammesso, avrebbe contribuito a distruggere i diritti e le libertà in essa garantiti". Il ricorso è stato dichiarato inammissibile.

In entrambi i casi risulta significativa la ricostruzione del negazionismo alla luce del criterio del pericolo concreto e della contestualizzazione: il criterio, conforme al principio di offensività, che consente di ricostruire l'*hate speech* in maniera costituzionalmente orientata e dunque legittima⁵³.

In definitiva, dall'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani non è possibile chiarire con certezza i confini dell'*hate speech* consentito e di quello invece sanzionabile: la Corte mostra infatti di adottare un approccio casistico. Ecco perché si parla di una giurisprudenza "del caso concreto"⁵⁴, una giurisprudenza, dunque, che può costituire un importante ausilio interpretativo

49 Cfr. sul punto A. Weber, *Manual on Hate Speech*, cit., pp. 22-23.

50 Sul tema, con attenzione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si rimanda a V. Cuccia, *Libertà d'espressione e negazionismo*, in *Rassegna parlamentare*, 2007, 4, p. 857 ss. Si veda altresì, P.P. Gori, *Libertà di manifestazione del pensiero, negazionismo, hate speech*, in *Questione Giustizia*, 2019, p. 447 ss., in part. 454 ss.

51 *Perinçek v. Svizzera*, 17 dicembre 2013, poi divenuta oggetto di scrutinio della Grande Camera. *Perinçek c. Svizzera* [Grande Camera (GC)], No. 27510/08, 15 ottobre 2015. In particolare, la Corte Edu ha ribadito che le limitazioni della libertà d'espressione sono giustificate se le dichiarazioni d'odio si innestano in un clima di tensione politica e sociale e se le dichiarazioni incitano in modo diretto o indiretto alla violenza o giustificano la violenza, l'odio o l'intolleranza.

52 *Dieudonné M'Bala M'Bala v. Francia*, 20 ottobre 2015, No. 25239/13. Cfr. G. Puglisi, *La "satira" negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in "rime sparse" sulla negazione dell'Olocausto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, p. 1 ss.

53 Si rimanda sul tema a L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 230 s.

54 P. Tanzarella, *op. cit.*, p. 159.

(benché non dirimente) nel dibattito sul discorso d'odio penalmente rilevante: posto l'ampio ventaglio di casi analizzati dalla Corte, il legislatore nazionale può rintracciare spunti risolutivi sulla base dei principi sanciti dai giudici di Strasburgo. I principi essenziali che emergono dalla giurisprudenza sono due: la prevalenza del principio di non discriminazione sulla libertà d'espressione e la necessità del ricorso allo schema interpretativo del pericolo concreto quale schema capace di legittimare la sanzione penale sul terreno della libertà d'espressione, un diritto non assoluto per la Corte, ma capace di subire limitazioni a fronte di diritti di pari rango da tutelare, come la dignità umana.

3. La violenza di genere e le condanne della Corte Edu verso l'Italia

Risulta ben noto come la violenza di genere abbia assunto dimensioni sempre più allarmanti in Europa ed anche in Italia. La Corte di Strasburgo ha mostrato in più occasioni di ritenere le discriminazioni di genere inaccettabili alla luce della CEDU. In una serie di procedimenti, la Corte Edu ha infatti considerato la violenza fondata sul genere una forma di discriminazione contro le donne⁵⁵.

Sebbene la Convenzione europea non contempra la violenza di genere e domestica, tuttavia la Corte di Strasburgo, nell'ambito dell'attenzione verso le condizioni di vulnerabilità, ha fatto ricorso ad una interpretazione estensiva delle disposizioni della Convenzione ed ha ricondotto la violenza domestica nell'alveo dell'art. 8 relativo al diritto al rispetto della vita privata e all'art. 2 relativo al diritto alla vita, nonché all'art. 3 (divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti), infine talvolta all'art. 14 relativo al divieto di discriminazione. Il riferimento sempre più frequente, nella giurisprudenza della Corte, agli artt. 8 e 2 è il segnale della natura emergenziale e grave di tale fenomeno⁵⁶.

Con riferimento agli altri Paesi europei, rilevano in particolare alcuni casi, come il caso *Eremia v. Repubblica di Moldova* (28 maggio 2013, No. 3564/11): la prima ricorrente era vittima di violenza domestica per mano del marito, un ufficiale di polizia. Le due figlie, la seconda e la terza ricorrente, assistevano regolarmente alle violenze, cosa che ne condizionava il benessere psicologico. La Corte Edu ha stabilito che la mancanza di protezione delle ricorrenti da parte delle autorità rifletteva il fatto che queste non avevano compreso la gravità delle violenze perpetrate ai danni delle donne. Concludeva la Corte nel senso che la mancanza di considerazione da parte delle autorità del problema della violenza contro le donne nella Repubblica di Moldova costituiva un trattamento discriminatorio fondato sul sesso in violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 3 della CEDU.

Nel caso *M.G. v. Turchia* (22 marzo 2016, No. 646/10), la ricorrente era stata picchiata dal marito durante la vita matrimoniale e minacciata durante il divorzio. La ricorrente lamentava la mancanza di protezione da parte delle autorità rispetto a queste violenze domestiche e la costante e sistemica violenza contro le donne in Turchia. La Corte Edu ha rilevato che, nonostante avesse divorziato nel 2007, fino all'entrata in vigore di una nuova legge nel 2012 la ricorrente non era stata protetta efficacemente nei confronti del marito, pur a fronte delle numerose richieste presentate ai tribunali nazionali. La Corte ha ritenuto quindi violato l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 3 della CEDU.

Nel caso *Halime Kılıç v. Turchia* (28 giugno 2016, No. 63034/11), la figlia della ricorrente aveva ottenuto un provvedimento cautelare contro il marito violento. Tuttavia, le autorità non avevano adottato misure efficaci per proteggerla e la donna aveva riportato lesioni mortali. La Corte ha stabilito che, poiché le autorità nazionali non avevano sanzionato il marito per il mancato rispetto del provve-

⁵⁵ Cfr. *Opuz v. Turchia*, 9 giugno 2009, No. 33401/02.

⁵⁶ A. Di Stasi, *Il diritto alla vita e all'integrità della persona con particolare riferimento alla violenza domestica (artt. 2 e 3 CEDU)*, in *Id., CEDU e ordinamento italiano*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, p. 1 ss.

dimento cautelare, quest'ultimo era stato privato della sua efficacia e il marito aveva continuato a maltrattare la moglie impunemente. La Corte Edu ha ritenuto quindi violato l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 2 della CEDU.

Veniamo all'Italia.

Lasciando sullo sfondo, per ragioni di economia del presente lavoro, il quadro normativo internazionale in materia (si pensi emblematicamente da ultimo, oltre alla CEDAW, alla Convenzione di Istanbul)⁵⁷, scegliamo di analizzare il più importante e significativo caso italiano: la sentenza *Talpis v. Italia* (2 marzo 2017, No. 41237/14), la quale, come è noto, è stato il preludio alla emanazione del c.d. Codice Rosso, la legge n. 69/2019, in tema di violenza di genere in Italia.

Con la sentenza *Talpis*, la Corte di Strasburgo ha accertato la responsabilità delle autorità italiane le quali erano intervenute con grande ritardo a tutelare una donna e i suoi figli, vittime di maltrattamenti familiari da parte del marito e padre, nonostante la donna avesse più volte denunciato le violenze subite. La Corte ha ritenuto sussistente sia la violazione dell'art. 2 CEDU, in relazione al fatto che non si era impedita la morte del figlio, sia anche la violazione dell'art. 3 CEDU poiché non si è adempiuto agli obblighi di protezione delle vittime, norme combinate con l'art. 14, relativo al divieto di discriminazione (escludendo invece la violazione degli artt. 8 e 13 CEDU).

I fatti interessavano una cittadina di origine moldava che nel settembre 2012 sporgeva denuncia nei confronti del marito per maltrattamenti, lesioni e minacce a seguito dell'ennesimo episodio di violenza di quest'ultimo, chiedendo altresì misure a tutela dei figli. Misure che in realtà non verranno prese dalle autorità italiane così come non verrà compiuto alcun atto di indagine fino al 2013 quando la donna, sentita dalle forze di polizia, tempera la versione dei fatti cosicché la pubblica accusa giunge ad una richiesta di archiviazione per il reato di maltrattamenti, formulando la richiesta di rinvio a giudizio per il solo reato di lesioni. Tuttavia, qualche giorno dopo aver ricevuto l'atto di citazione a giudizio, il marito uccide il figlio e tenta di uccidere anche la moglie. Verrà poi condannato nel 2015 per omicidio, tentato omicidio e maltrattamenti in famiglia. La donna dunque adiva il giudice europeo per la violazione degli artt. 2, 3 e 8 CEDU in quanto le autorità italiane non avevano adottato le misure necessarie a proteggere la donna e i suoi figli.

Quanto alle questioni di diritto, la Corte europea dei diritti umani, dopo aver inquadrato il ricorso della vittima alla luce di violazioni degli artt. 2 e 3 CEDU, evidenzia che da tali norme derivano sia obblighi positivi di *facere* che obblighi negativi di *non facere* in capo agli Stati.

In particolare, quanto ai primi obblighi, rileva l'obbligo di garantire protezione alle vittime vulnerabili – quali sono le vittime di violenza domestica – a favore delle quali occorre predisporre un quadro normativo adeguato: tale obbligo sorge laddove le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere che la persona correva un rischio reale e concreto per la sua vita⁵⁸. Accanto a tale obbligo, ve né uno procedurale relativo alla instaurazione di un procedimento penale effettivo e tempestivo da parte dell'autorità giudiziaria secondo l'art. 19 CEDU.

Vi sono inoltre per la Corte obblighi negativi: tra questi il dovere di non provocare illegittimamente la morte altrui.

La Corte, dopo aver fatto una ricognizione della normativa internazionale e interna in materia di violenza di genere, per verificare l'adeguatezza del quadro normativo italiano, sottolinea come nel caso di specie la vittima, dopo la denuncia, sia stata privata della protezione che la sua condizione di vulnerabilità richiedeva: sentita dall'autorità dopo ben setti mesi, non riceveva in quel mentre alcuna misura di protezione e tutela, creandosi così da parte dello Stato una situazione favorevole alla ripetizione delle violenze e culminata nella morte del figlio minore.

57 Sia consentito il rimando a L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 353 ss.

58 A. Di Stasi, *Il diritto alla vita*, cit., *passim*.

Applicando il c.d. *test* di Osman, relativo alla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, vale a dire l'immediatezza e la realtà del pericolo nella misura in cui esse erano ragionevolmente prevedibili dalle forze dell'ordine, la Corte europea ritiene che, poiché lo Stato italiano poteva prevedere ed evitare l'evento morte del figlio, è incorso in una violazione dell'art. 2 CEDU. Aggiunge la Corte che vi è stata anche la violazione dell'art. 3 CEDU in ragione delle violenze e dei maltrattamenti subiti dalla vittima a causa del mancato tempestivo intervento dell'autorità. Infine, sottolineano i giudici di Strasburgo, vi è stata una forma di *discriminazione di genere c.d. indiretta*, in violazione dell'art. 14 CEDU, a causa di una prassi che ha colpito indirettamente il gruppo identificato in base al genere: lo Stato italiano, sottostimando la gravità delle violenze perpetrate ai danni della donna, ha di fatto integrato una condotta discriminatoria fondata sul genere⁵⁹.

In definitiva, la Corte, sottolineando la gravità della violenza di genere e domestica nel nostro Paese, anche alla luce di numerosi rapporti internazionali in materia, giunge a condannare inequivocabilmente l'Italia per discriminazioni di genere di sicura rilevanza penalistica. La Corte europea di fatto pone in rilievo come, dinanzi alla violenza domestica, il compito dello Stato non è solo quello di porre in essere disposizioni a tutela delle vittime vulnerabili, ma anche quello di assicurare una tutela effettiva, poiché in caso di inerzia delle autorità nell'applicare le disposizioni vigenti si opera una forma palese di discriminazione ai danni dei soggetti femminili⁶⁰.

Nonostante le disposizioni relative ai c.d. ordini di protezione fossero in vigore nel nostro Paese, queste non sono state applicate nel caso *Talpis*: ecco perché nel caso in esame si ritiene sia stata violata la *due diligence*. Ossia, in materia di violenza domestica, si ritiene che sullo Stato incomba un *quid pluris* rispetto agli obblighi positivi di carattere generale (sostanziali e procedurali): si pongono cioè degli obblighi specifici di carattere preventivo, espressione di uno *standard* di *due diligence*.

Analogo al più noto caso *Talpis*, è il precedente caso *Rumor v. Italia*⁶¹, citato dalla stessa sentenza *Talpis*, che trae origine da una violenza di genere perpetrata ai danni di una donna, Giulia Rumor, la quale adiva la Corte europea per la mancata protezione e il mancato supporto da parte dello Stato italiano nella vicenda di violenza ad opera dell'ex compagno, che le aveva provocato grave angoscia. La ricorrente lamentava in particolare la violazione dell'art. 3 e dell'art. 14 della CEDU, ritenendo che il comportamento omissivo dello Stato italiano integri una forma di discriminazione fondata sul genere. Lamentava in particolare la mancata informazione da parte delle autorità in ordine al procedimento a carico dell'ex compagno e alla concessione in suo favore degli arresti domiciliari, trovandosi così in posizione di vulnerabilità senza alcun sostegno né protezione statale rispetto ad eventuali nuove aggressioni dell'ex *partner*.

Ecco che, in tale caso, la Corte europea perviene ad una soluzione opposta a quella cui è giunta nella sentenza *Talpis*, ritenendo gli obblighi di *due diligence* pienamente rispettati da parte dello Stato italiano, posto che, oltre ad un quadro giuridico adeguato, quest'ultimo aveva prestato effettiva assistenza e protezione alla ricorrente. Quanto alla mancata informazione lamentata, la Corte osservava come non vi fossero obblighi informativi laddove la vittima, come nel caso di specie, non si era costituita parte civile.

Il principio della *effettività* della tutela della vittima vulnerabile femminile è stato statuito nella sentenza *Talpis*, ma è il frutto dei due precedenti *Osman v. Regno Unito* e *Opuz v. Turchia*, nella parte in cui esigono che, per affermare la violazione da parte delle autorità nazionali del loro obbligo positi-

59 *Ibidem*.

60 Cfr. altresì M. F. Cucchiara, *Violenza domestica e inerzia delle autorità: la Corte EDU condanna l'Italia*, in *Giurisprudenzapenaleweb*, 2017, p. 3 ss., nonché P. De Franchi, *Violenza domestica: dal caso Rumor al caso Talpis cosa è cambiato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo?*, in *Giurisprudenzapenaleweb*, 2018, p. 1 ss.

61 *Rumor v. Italia*, 27 maggio 2014, No. 72964/10.

vo di proteggere il diritto alla vita “si deve stabilire in modo convincente che le autorità fossero a conoscenza, o avrebbero dovuto essere a conoscenza in quel momento, dell’esistenza di un pericolo reale e immediato per la vita di uno o più soggetti identificati a causa degli atti criminali di terzi e che esse non abbiano adottato le misure nell’ambito delle loro competenze che, considerate ragionevolmente, avrebbero potuto probabilmente evitare tale rischio”⁶². Tale principio ha trovato ulteriore conferma in successive decisioni giudiziali della Corte europea dei diritti umani. In particolare, si segnala la recente sentenza *Buturuga v. Romania*⁶³. In tale decisione si sottolinea che gli artt. 3 e 8 della CEDU impongono che una tutela preventiva e sanzionatoria debba essere garantita alla donna anche contro intrusioni nel computer, nei propri profili *social*, nelle immagini intime della medesima. La peculiarità di tale ultimo pronunciamento risiede nel fatto che la Corte ribadisce nuovamente la natura del tutto peculiare della violenza di genere, come ben delineata dalla Convenzione di Istanbul, e dunque la stessa difficoltà di denuncia dei fatti, la cui mancanza lo Stato italiano opponeva al ricorso della donna.

Da ultimo, merita ricordare, tra le altre, la recente sentenza della Corte europea, *J.L. v. Italia*, 27 maggio 2021, No. 5671/16, ove l’Italia è stata condannata dalla Corte europea dei diritti umani per violazione dell’art. 8 della CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare), non avendo tutelato l’immagine, la *privacy* e la dignità di una giovane donna che aveva denunciato di essere stata violentata da sette uomini. Dall’art. 8 della Convenzione discende un dovere dello Stato di proteggere le presunte vittime di violenza di genere anche nella loro immagine, dignità e *privacy*, che si traduce in una corrispondente limitazione della possibilità dei giudici di esprimersi liberamente nelle loro decisioni. In particolare, la Corte evidenziava come il linguaggio e gli argomenti utilizzati dalla Corte d’appello, nel caso di specie, trasmettessero i pregiudizi sul ruolo delle donne che esistono nella società italiana e fossero suscettibili di impedire l’effettiva protezione dei diritti delle vittime di violenza di genere pur in presenza di un quadro legislativo soddisfacente⁶⁴. Di fatto, una affermazione di una discriminazione di genere, pur non appellandosi dichiaratamente all’art. 14 CEDU. Significativo che la Corte europea affermi in tale caso il ruolo centrale del diritto penale nel contrasto alla violenza di genere.

In tema di violenza di genere e domestica, si segnala infine la sentenza *I.M. e Altri v. Italia*, 10 novembre 2022, No. 25426/20. In tale caso, la Corte Edu ha ritenuto violato l’art. 8 CEDU ai danni di due minori e della madre di questi. La vicenda prende avvio dalla decisione delle autorità nazionali di autorizzare incontri tra i minori e il padre, tossicodipendente, nonché alcolizzato e nei cui confronti pendeva un procedimento per maltrattamenti ai danni della madre. La Corte ha ritenuto che i giudici nazionali non avessero assicurato l’interesse superiore dei minori consentendo incontri capaci di turbare l’equilibrio psicologico dei medesimi. Soprattutto, la decisione di sospendere la potestà genitoriale della madre, la quale si rifiutava di continuare a portare i figli agli incontri con il padre, non era stata motivata. Secondo la Corte europea, il giudice avrebbe operato una presunzione in relazione al comportamento della madre, contraria agli incontri tra padre e figli, non tenendo conto del procedimento per maltrattamenti a carico del padre⁶⁵.

⁶² *Osman c. Regno Unito*, 28 ottobre 1998, No. 87/1997/871/1083, par. 116; *Opuz v. Turchia*, 9 giugno 2009, No. 33401/02, cit., par. 130.

⁶³ *Buturuga v. Romania*, 11 febbraio 2020, No. 56867/15.

⁶⁴ Cfr. N. Cardinale, *Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per violenza sessuale di gruppo: la Corte EDU condanna l’Italia per violazione dell’art. 8*, in *Sistema Penale*, 2021, p. 1. La Corte Edu parla icasticamente in tal caso di un “linguaggio colpevolizzante e moraleggiante che scoraggia la fiducia delle vittime nel sistema giudiziario” per la “vittimizzazione secondaria cui le espone”. Cfr. Corte Edu, *J.L. v. Italia*, 27 maggio 2021, No. 5671/16, par. 141.

⁶⁵ Cfr., su tale decisione, *Osservatorio sulla violenza sulle donne*, Università degli Studi di Milano, al sito www.ovd.unimi.it.

Conclusivamente, non si può non osservare come la sentenza *Talpis* abbia avuto significativi effetti sull'assetto ordinamentale italiano in tema di violenza di genere: va senz'altro menzionata, tra gli altri, l'entrata in vigore del c.d. Codice Rosso, la legge n. 69 del 2019, che si è posta nella direzione di un potenziamento degli strumenti processuali, come indicato dalla Corte di Strasburgo, oltre che sostanziali nel contrasto alla violenza di genere. La stessa Commissione sul femminicidio, istituita in sede parlamentare, risponde alle sollecitazioni del massimo organo giudiziario europeo.

Certamente, la giurisprudenza della Corte Edu ha rappresentato un tassello fondamentale in questi anni nella lotta alla violenza di genere e soprattutto nella lotta alle discriminazioni di genere, un fenomeno endemico nel nostro Paese, sul quale molto ancora occorre fare dal punto di vista culturale e sociale, oltre che giuridico. Ci pare si possa affermare che la recente produzione normativa italiana (da ultimo con il c.d. Codice Rosso rafforzato e con un d.l. sulle misure di contrasto alla violenza sulle donne) ha segnato un progressivo adeguamento non soltanto alla normativa dell'Unione, ma soprattutto ai moniti rivolti dalla Corte europea dei diritti umani in materia di violenza di genere.

4. Le violenze verso detenuti: una forma di discriminazione di fatto. Brevi cenni

Sebbene al di fuori dell'alveo dei crimini e dei discorsi d'odio, un'altra forma di discriminazione viene additata dalla Corte di Strasburgo ed è stata fonte di condanne a carico dell'Italia: mi riferisco a quella forma di discriminazione di fatto che viene spesso perpetrata nei confronti dei detenuti.

Prima di analizzare nel dettaglio i casi e le relative sentenze della Corte di Strasburgo che hanno riguardato specificamente l'Italia, è necessario sottolineare che in gioco qui vi è più spesso l'art. 3 CEDU che va inquadrato sotto un doppio profilo: l'uno materiale e l'altro procedurale.

La distinzione tra i suddetti profili trova spazio nella stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha fissato il criterio della necessità e della proporzionalità nella valutazione della legittimità dei comportamenti delle forze dell'ordine. In altri termini, il ricorso alla forza fisica da parte di agenti delle forze dell'ordine rispetto a persone che siano private della libertà può considerarsi legittimo solo quando sia necessario e proporzionato in riferimento al comportamento del soggetto. In caso diverso, il ricorso alla forza fisica si traduce nello svilimento della dignità umana ed è tale da integrare una violazione del diritto sancito dall'art. 3 della CEDU, integrando spesso il reato di tortura, ora previsto anche nell'ordinamento italiano⁶⁶. Per quanto concerne il profilo procedurale, esso è connesso all'obbligo positivo di prevenire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU e si sostanzia, in particolare, nella necessità che le autorità nazionali conducano un'indagine che abbia i caratteri dell'indipendenza, dell'effettività e della tempestività.

Lasciando sullo sfondo, per ragioni di economia del presente lavoro, i noti "fatti di Genova", nonché le ipotesi di abusi ai danni di migranti e richiedenti asilo⁶⁷, spiccano, nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, alcune sentenze relative a torture inflitte a detenuti in regime di carcerazione in Italia.

Si segnalano in particolare i recenti casi Cirino e Renne, casi che hanno dato origine ad una condanna da parte della Corte Edu nei confronti dell'Italia per comportamenti, integranti la violazione dell'art. 3 CEDU, tenuti da agenti di custodia nei confronti di due detenuti, Cirino e Renne appunto. Si

⁶⁶ R. Palladino, *Comportamenti delle forze dell'ordine contrari al divieto di tortura o di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)*, in A. Di Stasi, *op. cit.*, p. 33 ss.

⁶⁷ Si rimanda su questi temi a Id., *cit.*, p. 39 ss.

tratta della decisione della Corte Edu del 26 ottobre 2017, ricorsi No. 2539/13 e No. 4705/13, *Cirino e Renne v. Italia*.

Il procedimento ha tratto origine dalle doglianze di due detenuti del carcere di Asti che hanno denunciato i gravi maltrattamenti subiti da parte degli agenti di custodia, nonché l'inefficacia dell'indagine e dei procedimenti sanzionatori nei confronti dei responsabili.

Nonostante le corti italiane avessero acclarato i gravi abusi perpetrati ai danni dei detenuti, realizzatesi nell'ambito di una "prassi generalizzata di maltrattamenti", capaci di essere qualificati come "tortura" ai sensi della Convenzione ONU contro la tortura, esse avevano però rilevato la mancanza, nell'ambito del diritto nazionale, di qualsivoglia disposizione di legge che permettesse di qualificare come atti di tortura le condotte suddette.

Secondo la Corte di Strasburgo, i trattamenti, "deliberati e svolti in modo premeditato e organizzato all'interno di una prassi generalizzata di maltrattamenti", adottata nella Casa di reclusione di Asti, hanno raggiunto quel livello di gravità necessario affinché l'art. 3 CEDU sia applicabile alle condotte contestate, su un piano di equivalenza alla tortura⁶⁸. I giudici europei hanno infatti rilevato non solo sofferenze fisiche ma anche notevoli sofferenze morali, ponendo enfasi sul contesto in cui i ricorrenti si trovavano, ossia sotto la custodia degli agenti del carcere, da cui scaturisce la situazione di vulnerabilità. Si trattava di sofferenze patite unitamente a "privazioni materiali" estremamente gravi: assenza di cibo e acqua, reclusione in celle prive di accesso o a limitato accesso ai servizi igienici, ed altre privazioni che hanno "inevitabilmente accentuato la loro sofferenza".

Pertanto, sotto il profilo sostanziale, la Corte di Strasburgo ha fatto propri i principi già enucleati nel *leading case Bouyd* e ribaditi, da ultimo, nella sentenza *Bartesaghi Gallo e altri*, relativa ai noti fatti di Genova, al fine di valutare i fatti già accertati dal Tribunale di Asti e che hanno confermato le lesioni a danno dei ricorrenti quando erano affidati alla custodia degli agenti penitenziari, ossia in una posizione di vulnerabilità.

Ma l'aspetto su cui la Corte Edu ha posto maggiormente l'attenzione è proprio il profilo procedurale: i giudici di Strasburgo hanno sottolineato che il "nocciolo del problema" non risiede solo nel comportamento delle autorità giudiziarie interne, quanto piuttosto in una "carezza sistemica" che denota l'ordinamento italiano, soprattutto sotto il profilo della ricerca della verità in casi di abusi ai danni di detenuti o comunque di soggetti sottoposti all'autorità, aspetto questo evidenziato dalla Corte in tutti i suoi precedenti giudiziari, soprattutto quelli riguardanti i noti fatti di Genova e più sopra ricordati, così come negli stessi noti casi *Tiziana Pennino v. Italia*, 12 ottobre 2017, No. 21759/15 e *Knox v. Italia*, 9 gennaio 2019, No. 76577/13, nel quale l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 6, par. 1 e par. 3, lett. c) ed e) della CEDU⁶⁹.

Le sentenze della Corte di Strasburgo che hanno accertato la violazione del divieto posto dall'art. 3 CEDU risultano significative soprattutto per l'aspetto relativo agli obblighi positivi di carattere legislativo, aventi fini preventivi quanto alle violazioni di tale parametro convenzionale, in base al quale lo Stato è tenuto a predisporre un quadro normativo appropriato. Non è casuale che la giurisprudenza della Corte abbia fatto da preludio all'introduzione del reato di tortura anche nell'ordinamento italiano, dopo che già la sentenza della Corte Edu *Cestaro* del 2015 aveva evidenziato una lacuna strutturale dell'ordinamento italiano⁷⁰. Il delitto di tortura è stato infatti introdotto nell'ordinamento italiano, tramite la legge 14 luglio 2017, n. 110, su impulso della vasta giurisprudenza della Corte di Strasburgo

68 Sul punto *Id.*, *cit.*, p. 46.

69 *Cirino e Renne v. Italia*, *cit.*, par. 111 per la citazione. Per un'ampia rassegna dei precedenti giudiziari della Corte Edu, si rimanda a R. Palladino, *op. cit.*, p. 39 ss.

70 Sul punto e sulla sentenza *Cestaro* si veda *ibid.*, p. 51.

in materia⁷¹. L'introduzione del delitto di tortura risulta, dunque, finalizzata a porre l'Italia nelle condizioni di rispettare l'art. 3 CEDU.

5. Conclusioni

Questo *excursus* sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di diritto penale antidiscriminatorio consente di affermare che, a dispetto della diffidenza spesso mostrata in dottrina nei confronti di una tale emergente branca del diritto penale, essa è ormai ben radicata a livello prasseologico e costituisce una realtà nell'ambito della *law in action*.

Sarebbe dunque apprezzabile che una più ampia teorizzazione del diritto penale antidiscriminatorio facesse capolino anche presso la dottrina penalistica, spesso sospettosa verso una simile branca del diritto penale in ragione di apprezzabili principi garantistici e dell'idea del diritto penale come *ultima ratio*⁷², senza che si tenga conto tuttavia della necessità di rispondere anche ad istanze che provengono dalla realtà sociale e che attengono a persone "in carne ed ossa", ossia alle c.d. vittime vulnerabili – minoranze etniche e religiose, minoranze sessuali, donne, disabili e minori⁷³, nonché detenuti – individuate come tali dalla stessa Corte di Strasburgo (oltre che dalla nota c.d. Direttiva Vittime), la cui piena tutela, in ottica vittimologica⁷⁴, dovrebbe prevalere dinanzi all'astrattezza delle affermazioni di principio, le quali, sia pur imprescindibili, devono essere temperate con i bisogni di tutela che la realtà criminologica mostra quali emergenziali e improcrastinabili⁷⁵.

Come è stato icasticamente sottolineato, pur in ottica critica rispetto all'idea della protezione della vittima come scopo autonomo del diritto penale, "la tutela della vittima come scopo dello *ius criminale* è ritenuta una manifestazione diretta dello Stato sociale, in quanto volta a produrre i suoi effetti nei confronti di un soggetto debole, bisognoso di tutela e assistenza"⁷⁶.

È proprio in un'ottica solidaristica – la quale, è ben noto, fonda il nostro sistema costituzionale e fa da pilastro al nostro ordinamento giuridico – che, a nostro avviso, si legittima il diritto penale anti-

71 L'art. 613 *bis* c.p., rubricato *Tortura*, al comma 1 stabilisce che: "Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona". La norma riecheggia, all'evidenza, l'art. 3 CEDU.

72 Sul principio, per tutti, G. P. Demuro, *Ultima Ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Diritto&Storia*, 2013, n. 11, p. 1 ss.

73 Ragioni di economia del presente lavoro non hanno consentito di approfondire anche la tematica relativa a queste due vittime vulnerabili e in particolare i crimini d'odio verso disabili e minori d'età. Si è dunque scelto di trattare i principali fattori di discriminazione, statisticamente più ricorrenti nella giurisprudenza della Corte Edu, ossia razza/etnia, religione, orientamento sessuale, identità di genere e genere. Sia consentito il rinvio, in relazione ai crimini d'odio verso disabili, a L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 259 s., nonché sul minore d'età e sul *corpus* giurisprudenziale in materia, L. Casseti, S. Vannucini, *Il diritto al rispetto dell'integrità psichica e fisica dei minori d'età in condizioni di "particolare vulnerabilità" (artt. 3 e 8 CEDU)*, in A. Di Stasi, *op. cit.*, p. 131 ss.

74 M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015, p. 13 ss., 77 ss.

75 Sui profili criminologici e sui bisogni di tutela delle vittime di crimini d'odio, si veda L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 15 ss., nonché 150 ss.

76 Così M. Venturoli, *op. cit.*, p. 77, ricordando le parole della dottrina penalistica spagnola.

discriminatorio, la cui disciplina, pur nel rispetto delle tradizionali garanzie a tutela dell'autore di reato, si deve rivolgere precipuamente alla protezione delle vittime vulnerabili⁷⁷.

⁷⁷ Ci appare significativo che in questa direzione vittimologica si sia posta la stessa *Commissione Straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza* affermando, con riferimento in particolare all'*hate speech* e con una prospettiva assolutamente nuova e degna di approfondimento, che "la vittima di istigazione all'odio (...) è impossibilitata ad esprimere sé stessa. In quest'ottica, contrastare i discorsi di istigazione all'odio significa innanzitutto tutelare la libertà di espressione del soggetto debole aggredito nei confronti dell'abuso di libertà di espressione del soggetto che compie l'aggressione. Una prospettiva, quest'ultima, che pone tutta la discussione nell'alveo della libertà d'espressione". Cfr. Senato della Repubblica, Doc. XVII n. 6, 22 giugno 2022, p. 59. Si tratta di un punto di vista, come precisa la Commissione, acquisito anche dalla Commissione europea che, nel Piano d'azione dell'Unione europea contro il razzismo 2020-2025 [COM(2020) 565], sottolinea la presenza di ostacoli alla partecipazione e alla rappresentanza democratica per i gruppi a rischio di emarginazione, come le persone appartenenti a minoranze, vittime dei gruppi di maggioranza.