

La norma penale contro il razzismo nella prassi giudiziaria

Analisi della giurisprudenza sull'articolo 261^{bis} CP dal 1995 al 2019

Vera Leimgruber



La norma penale contro il razzismo nella prassi giudiziaria

Analisi della giurisprudenza sull'articolo 261bis CP dal 1995 al 2019

Studio realizzato su mandato della Commissione federale contro il razzismo (CFR)

Vera Leimgruber

Impressum

La norma penale contro il razzismo nella prassi giudiziaria

Analisi della giurisprudenza sull'articolo 261^{bis} CP dal 1995 al 2019

Vera Leimgruber, Berna, gennaio 2021

Edito

Commissione federale contro il razzismo CFR, Inselgasse 1, CH – 3003 Bern.
Tel. 058 464 12 93. ekr-cfr@gs-edi.admin.ch. www.ekr.admin.ch

Traduzioni

Francese: Service linguistique français SG-DFI
Italiano: Servizio linguistico italiano SG-DFI

Concezione grafica

Monica Kummer Color Communications

Copertina

Fontana della Giustizia, Berna, Wikimedia Commons

Download e Ordinazioni

www.ekr.admin.ch

Riproduzione autorizzata con menzione della fonte; copia alla CFR

Indice

| | |
|--|-----------|
| 1. Introduzione | 7 |
| 2. Metodo e obiettivo | 9 |
| 3. Basi dell'analisi | 9 |
| 3.1 Banca dati della CFR | 9 |
| 3.2 Quadro statistico | 10 |
| 4. Temi principali | 11 |
| 4.1 Conflittualità tra norma penale e libertà di espressione | 11 |
| 4.1.1 Libertà di espressione e dignità umana | 11 |
| 4.1.2 Libertà di espressione e social media | 12 |
| 4.1.3 Libertà di espressione nel dibattito politico | 12 |
| 4.1.4 Giurisprudenza più recente | 13 |
| 4.1.5 Excursus: cosa può essere definito razzista? | 16 |
| 4.2 Evoluzione della giurisprudenza sul razzismo nei social media e in Internet | 16 |
| 4.2.1 Definizione di social media | 16 |
| 4.2.2 Evoluzione della discriminazione razziale in Internet | 17 |
| 4.2.3 Gestori di siti web e fornitori di servizi Internet | 18 |
| 4.2.4 Carattere pubblico nei social media e in Internet | 19 |
| 4.2.5 Aspetti speciali | 20 |
| <i>Inserimento di link</i> | 20 |
| <i>«Mi piace» sotto i post</i> | 21 |
| <i>Territorialità in caso di esternazioni in Internet</i> | 21 |
| <i>Colpa</i> | 21 |
| 4.3 Il termine «razza» nella giurisprudenza | 22 |
| 4.3.1 Il termine «razza» nel Codice penale | 22 |
| 4.3.2 Definizione di «razza» nella giurisprudenza | 22 |
| 4.3.3 Uso del termine «razza» nella giurisprudenza | 24 |
| 4.3.4 Cosa contiene la nozione di «razza»? | 25 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4.4 | Il termine etnia nella giurisprudenza | 26 |
| 4.4.1 | Problematica | 26 |
| 4.4.2 | Nazionalità come etnia? | 27 |
| 4.4.3 | Termini collettivi | 28 |
| 4.5 | Disconoscimento del genocidio | 30 |
| 4.5.1 | In generale | 30 |
| 4.5.2 | Bene giuridico tutelato e diritto di ricorso | 31 |
| 4.5.3 | Olocausto | 31 |
| | <i>L'Olocausto quale fatto storico</i> | 31 |
| | <i>Negazione dell'Olocausto in Internet e nei social media</i> | 32 |
| | <i>Negazione «pseudoscientifica» dell'Olocausto</i> | 33 |
| 4.5.4 | Genocidio degli armeni e caso Doğu Perinçek | 35 |
| 4.5.5 | Disconoscimento del massacro di Srebrenica | 37 |
| 4.5.6 | Disparità di trattamento tra i genocidi | 37 |
| 4.5.7 | Nuova giurisprudenza sulla fattispecie soggettiva | 38 |
| 4.6 | La problematica dell'uso di simboli razzisti | 38 |
| 4.6.1 | Nessun divieto dei simboli razzisti | 38 |
| 4.6.2 | Professione o propagazione? | 39 |
| 4.6.3 | Il saluto nazista | 41 |
| 4.6.4 | Introduzione di un divieto dei simboli razzisti? | 43 |
| 5. | Conclusione | 44 |

1. Introduzione

La Convenzione internazionale del 21 dicembre 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (ICERD), che obbliga le Parti a condurre una politica che elimini efficacemente ogni forma di razzismo e ad adottare misure politiche e giuridiche concrete a tal fine¹, è entrata in vigore in Svizzera il 29 dicembre 1994. Un anno prima, il popolo svizzero aveva approvato l'inserimento nel Codice penale (CP) dell'articolo 261^{bis}, che punisce la discriminazione razziale pubblica. Questa modifica del CP rappresentava la premessa per poter ratificare la ICERD. L'articolo 261^{bis} CP, detto anche norma penale contro il razzismo, vieta l'incitamento pubblico all'odio o alla discriminazione, la propagazione di un'ideologia razzista, il discredito e il rifiuto di un servizio. È punito anche il disconoscimento del genocidio. Finora l'articolo proteggeva solo dalle discriminazioni basate sulla «razza»², l'etnia e la religione. Il 9 febbraio 2020, il popolo svizzero ha tuttavia votato su un'estensione dell'articolo 261^{bis} CP, accogliendola con il 63,1 per cento dei voti: dal 1° luglio 2020 sono punite anche le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale.

Art. 261^{bis} CP³

Chiunque incita pubblicamente all'odio o alla discriminazione contro una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia, religione o per il loro orientamento sessuale,

chiunque propaga pubblicamente un'ideologia intesa a discreditare o calunniare sistematicamente tale persona o gruppo di persone,

chiunque, nel medesimo intento, organizza o incoraggia azioni di propaganda o vi partecipa,

chiunque, pubblicamente, mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana, discredita o discrimina una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia, religione o per il loro orientamento sessuale o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità,

chiunque rifiuta ad una persona o a un gruppo di persone, per la loro razza, etnia, religione o per il loro orientamento sessuale, un servizio da lui offerto e destinato al pubblico,

è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

1 Art. 2 lett. a ICERD.

2 Nella presente analisi, il termine «razza» è messo tra virgolette per indicare che si tratta di un costrutto sociale a connotazione razzista malvisto per motivi storici.

3 Stato 1° luglio 2020.

La presente analisi passa in rassegna gli ultimi 25 anni di giurisprudenza sull'articolo 261^{bis} CP, ma non considera ancora l'estensione alle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale.

La punibilità secondo l'articolo 261^{bis} CP presuppone il carattere pubblico: un'affermazione o un atto sono considerati pubblici se sono o possono essere percepiti non solo da una piccola cerchia di persone unite da uno stretto legame personale. Per essere punibile, un'affermazione deve inoltre essere di una certa gravità: in altre parole deve ledere la dignità umana. Ciò avviene quando a qualcuno è disconosciuto il diritto a una vita equivalente e/o alla parità di diritti o gli è completamente negato il diritto alla vita. Benché l'asticella della punibilità secondo l'articolo 261^{bis} CP sia quindi relativamente alta, la norma penale contro il razzismo non è stata risparmiata dalle critiche. Ritenendo che limiti la libertà di espressione, i suoi oppositori la definiscono una «norma museruola» e vorrebbero abrogarla.

2. Metodo e obiettivo

Qui di seguito è analizzata la giurisprudenza svizzera sull'articolo 261^{bis} CP tra il 1995 e il 2019. Il testo propone dapprima un breve quadro statistico delle decisioni contenute nella banca dati pubblica della Commissione federale contro il razzismo (CFR)⁴, che costituiscono la base della presente analisi. Successivamente si focalizza su sei temi principali, che la CFR considera particolarmente importanti nel contesto della giurisprudenza sulla norma penale contro il razzismo, perché hanno suscitato grande eco tra il pubblico negli ultimi anni o sono stati (e sono tuttora) soggetti a profondi cambiamenti: la conflittualità tra lotta al razzismo e libertà di espressione, il razzismo nei social media e in Internet, l'interpretazione dei termini di «razza» ed etnia nella giurisprudenza, il disconoscimento del genocidio e l'uso di simboli razzisti.

Si tratta di un'analisi qualitativa, che si concentra su determinati temi, e non di un quadro quantitativo di tutte le decisioni. L'analisi si basa sulle decisioni contenute nella banca dati della CFR e, dove indicato, su altre decisioni pubblicate dal Tribunale federale. Non è garantita un'eshaustività assoluta.

Già nel 2007 la CFR aveva commissionato un'analisi della giurisprudenza dal 1995 al 2004, che aveva considerato i singoli atti, gli oggetti protetti, il bene giuridico tutelato e la fattispecie soggettiva dell'articolo 261^{bis} CP. All'epoca l'articolo 261^{bis} CP era relativamente nuovo e l'analisi si era concentrata sul modo in cui i tribunali interpretavano i singoli termini. Per evitare ripetizioni, si rinuncia pertanto a un'analisi dettagliata dei termini e della loro interpretazione nella giurisprudenza, tanto più che finora su questi aspetti la giurisprudenza è rimasta praticamente invariata.

3. Basi dell'analisi

3.1 Banca dati della CFR

Nella banca dati della CFR sono pubblicate sintesi di sentenze, decreti d'accusa, d'abbandono e di non luogo a procedere sull'articolo 261^{bis} CP. Il 26 ottobre 2020, la banca dati comprendeva 935 casi per il periodo dal 1995 al 2019⁵. Secondo l'ordinanza sulla comunicazione⁶, i tribunali e le autorità di perseguimento penale devono inviare tutte le sentenze, i decreti d'accusa e i decreti d'abbandono sull'articolo 261^{bis} CP al Servizio delle attività informative della Confederazione (SIC), che li inoltra alla CFR in forma anonima. I decreti di non luogo a procedere non sono menzionati nell'ordinanza sulla comunicazione e sono pertanto comunicati solo da pochi tribunali e autorità di perseguimento penale, il che si traduce in un'incompletezza della banca dati. Anche per quanto riguarda le sentenze, i decreti d'abbandono e d'accusa non può essere garantita la completezza. La presente analisi si basa sulle decisioni inoltrate alla CFR dal 1995 al 2019 compreso. La CFR elabora una sintesi anonimizzata di tutte le decisioni, a cui associa parole chiave per facilitare le ricerche nella banca dati. Tiene inoltre una statistica che offre una panoramica sulle informazioni principali. Alcune decisioni pervengono alla CFR con anni di ritardo. Sono riassunte e inserite man mano nella banca dati. I numeri di casi menzionati nella presente analisi possono quindi variare.

4 Accessibile all'indirizzo www.ekr.admin.ch > Servizi > Raccolta di casi giuridici (consultato il 26 ottobre 2020).

5 La data di riferimento per tutte le cifre contenute nella presente pubblicazione è il 26 ottobre 2020.

6 Ordinanza concernente la comunicazione di decisioni penali cantonali.

Nel 2019 l'impostazione della banca dati è stata radicalmente modificata. Fino a quel momento, ogni singola decisione era menzionata separatamente. Se in un caso era emanato dapprima un decreto d'accusa contro il quale era presentato un ricorso giudicato poi nella sentenza di un tribunale di primo grado, il decreto d'accusa e la sentenza del tribunale erano contati separatamente. Di conseguenza, la banca dati non poteva fornire indicazioni sul numero di casi, ma solo sul numero di decisioni. Per eliminare questa imprecisione, la CFR ha deciso di passare a una banca dati basata sui casi. Tutte le decisioni riguardanti lo stesso caso sono state raggruppate. Nella statistica rientra quindi solo l'ultima decisione emanata. Le singole decisioni restano consultabili, ma ora è possibile vedere immediatamente se vi sono state altre decisioni e quale ne è stato l'esito. La CFR non è tuttavia in grado di verificare per ogni decisione se sia passata in giudicato o se sia tuttora pendente un ricorso.

3.2 Quadro statistico

Per il periodo dal 1995 al 2019, la banca dati comprende complessivamente 935 casi. Il 63 per cento è sfociato in una condanna. Il restante 37 per cento si è concluso con un'assoluzione, un abbandono del procedimento o un decreto di non luogo a procedere. Ad aver registrato il maggior numero di casi sono gli anni 2006 e 2007: rispettivamente 64 e 75. I primi due anni dopo l'entrata in vigore della norma penale, ossia il 1995 e il 1996, sono invece quelli in cui è stato registrato il minor numero di casi: rispettivamente 4 e 18.

La maggior parte dei casi (oltre 490) si riferisce alla prima parte del capoverso 4 della norma penale, ossia al discredito o alla discriminazione per motivi razziali. Seguono i capoversi 1 e 2 con poco più di rispettivamente 150 e 130 casi. Il capoverso 1 punisce l'incitamento all'odio o alla discriminazione e il capoverso 2 la propagazione di ideologie razziste. Il disconoscimento del genocidio (cpv. 4, seconda parte) è stato oggetto di poco meno di 90 indagini, mentre l'organizzazione di azioni di propaganda (cpv. 3) e il rifiuto di un servizio (cpv. 5) sono stati oggetto di poco più di 20 casi ciascuno.

A essere presi di mira più spesso sono stati gli ebrei, con 265 casi, seguiti dagli «stranieri» (217) e dai neri (188). Anche a livello di ideologia, la più diffusa è l'antisemitismo, seguito dalla xenofobia e dal razzismo contro i neri. Siccome in molti casi non è però specificato chi sia esattamente il bersaglio, queste cifre possono dare solo un quadro sommario dei gruppi presi di mira.

Nella maggior parte dei casi gli atti sono stati commessi in luoghi pubblici (324), seguiti dai mass media, compreso Internet (165). Se in quest'ultima categoria si includono anche i social media, la cifra sale a 260 casi. Quanto ai mezzi utilizzati, parole e scritti sono in parità con circa 350 casi ciascuno. Nella maggior parte dei casi (356) sono state comminate multe, seguite dalle pene pecuniarie (307) e dalle pene detentive (122).

Zurigo guida la classifica dei Cantoni con 160 casi. Al secondo posto figura il Cantone di Argovia (116), al terzo e quarto posto seguono Berna (103) e Vaud (100).

Chiudono la classifica Appenzello Interno (1), Nidvaldo (1) e Obvaldo (2). Ai vertici figurano quindi i quattro Cantoni più popolosi e in fondo tre dei meno popolosi, il che non sorprende.

4. Temi principali

4.1 Conflittualità tra norma penale e libertà di espressione

4.1.1 Libertà di espressione e dignità umana

Le critiche espresse pubblicamente sulla norma penale contro il razzismo sono in genere correlate alla libertà di espressione. Gli oppositori parlano addirittura di «norma museruola». Il primo bene giuridico tutelato dalla norma penale contro il razzismo è la dignità umana. La giurisprudenza riconosce quale bene giuridico anche la pace pubblica, che secondo Niggli è però riconducibile alla dignità umana⁷. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale la pace pubblica entra in gioco soprattutto in relazione al disconoscimento del genocidio, di cui all'articolo 261^{bis} capoverso 4 seconda parte CP. Anche in questo caso Niggli ritiene però che il bene giuridico tutelato sia la dignità umana⁸. La dignità umana occupa il primo posto nella graduatoria dei diritti fondamentali garantiti in Svizzera (art. 7 della Costituzione federale, Cost.), rappresenta il principio costitutivo supremo dello Stato ed è l'obiettivo valoriale primario dell'ordinamento giuridico. Anche la libertà di espressione (art. 16 Cost.) è un importante pilastro della democrazia e garantisce che possano essere espressi anche punti di vista invisi alla maggioranza o persino scioccanti.

In linea di principio, in caso di conflitto tra due diritti fondamentali l'autorità giudiziaria procede a una ponderazione degli interessi per stabilire quale dei due abbia la priorità. Anche quando si tratta di giudicare atti che violano la norma penale contro il razzismo, spesso le autorità di perseguimento penale e i tribunali procedono a una ponderazione degli interessi tra i beni giuridici tutelati dall'articolo 261^{bis} CP e la libertà di espressione, o perlomeno partono dal presupposto che l'articolo 261^{bis} CP vada interpretato tenendo conto della libertà di espressione. A più riprese sono così giunti alla conclusione che soltanto le affermazioni e le forme di discriminazione più evidenti, esecrabili e lesive della dignità umana rientrano nella fattispecie della norma penale.

Secondo la dottrina prevalente, siccome la dignità umana è l'essenza di tutti i diritti fondamentali e la sua violazione prevale su qualsiasi altra considerazione, non si può procedere a una ponderazione degli interessi tra questa e altri diritti⁹. In presenza di affermazioni razziste si appura se vi sia o meno un discredito della dignità umana. La libertà di espressione non può tutelare in nessun caso affermazioni lesive della dignità umana. Non può quindi mai comportare il diritto a affermazioni razziste ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP¹⁰.

I capitoli seguenti illustrano come le autorità di perseguimento penale e i tribunali hanno gestito finora il (presunto) conflitto tra norma penale contro il razzismo e libertà di espressione.

7 Niggli Marcel Alexander, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genève 2007, N 340 segg.

8 Niggli, Kommentar, N 360 seg.

9 Cfr. p. es. Niggli, Kommentar, N 384; Kiener Regina/Kälin Walter, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, pag. 131; Vera Leimgruber, «Ponderazione degli interessi sul filo del rasoio. Razzismo vs. libertà di espressione» in Tangram n. 43: www.ekr.admin.ch > Pubblicazioni > TANGRAM > TANGRAM 43 (consultato l'8 settembre 2020).

10 Niggli, Kommentar, N 573 segg.

4.1.2 Libertà di espressione e social media¹¹

Nella maggior parte dei decreti d'accusa e delle sentenze, spesso concernenti affermazioni nei social media, non si è valutato se fosse stata violata la libertà di espressione, dal momento che le affermazioni ledevano manifestamente la dignità umana. È il caso ad esempio di un video su YouTube in cui si descrive una macchina che può tritare 3000 «negri» al giorno¹². Le autorità di perseguimento penale competenti hanno giudicato altrettanto inequivocabili i commenti postati su Facebook: «Purtroppo il nostro caro Hitler è riuscito a farvi fuori soltanto in piccola parte! Lo ribadisco – annientate Israele e ci sarà la pace nel mondo»¹³, «Potrei ammazzare tutti gli ebrei, ma ne ho lasciati alcuni in vita per farvi vedere perché l'ho fatto – Adolf Hitler»¹⁴ e «Gasa questi cani!»¹⁵. Era con ogni evidenza punibile anche il seguente post, riferito a richiedenti l'asilo musulmani: «È un peccato che non ci sia qualcuno come Hitler che mandi questa gentaglia nelle camere a gas. O magari le camere a gas non sono ancora pronte?»¹⁶.

Moltissimi dei casi contenuti nella banca dati della CFR riguardano affermazioni del genere, chiaramente punibili, pubblicate nei social media¹⁷, che spesso sono liquidate mediante semplici decreti d'accusa, senza bisogno di ulteriori considerazioni di diritto.

In altri casi, meno evidenti, gli organi giudiziari hanno invece tenuto conto della libertà di espressione. Nel 2015 un tribunale regionale è stato chiamato a giudicare il commento postato su Facebook «Mi viene da vomitare... quando verrà finalmente estirpata questa religione?!?» e un'immagine, anch'essa postata su Facebook, intitolata «Massima della giornata: <se nel cranio c'è già Allah, il cervello non ci sta>»¹⁸. Per quanto riguarda l'immagine, l'imputato ha invocato la libertà di espressione, affermando che si trattava di una caricatura e quindi di satira. Il tribunale di primo grado ha ricordato che la libertà di espressione non ha validità assoluta e non può giustificare qualsiasi tipo di diffamazione o di discriminazione razziale e ritenuto che il testo, non avesse nulla di umoristico. In questo caso, il tribunale ha tenuto conto della libertà di espressione nelle sue considerazioni, attribuendole però un'importanza subordinata.

4.1.3 Libertà di espressione nel dibattito politico

Nella maggior parte delle decisioni frutto di una ponderazione tra affermazioni razziste e libertà di espressione, i tribunali e le autorità di perseguimento penale hanno sottolineato che, soprattutto nel dibattito politico, occorre attribuire grande importanza alla libertà di espressione. Anche il Tribunale federale ha insistito sulla particolare importanza del diritto di esprimere liberamente la propria opinione nel dibattito politico quando, nel 2004, ha annullato una condanna per discriminazione razziale rinviando la causa al tribunale di grado inferiore in quanto la sentenza non aveva attribuito sufficiente importanza alla libertà di espressione¹⁹. Il caso riguardava un comunicato stampa pubblicato sul sito web dell'UDC, in cui si chiedeva il rimpatrio immediato dei rifugiati kosovari, definiti come persone particolarmente inclini alla violenza e alla criminalità. Secondo il Tribunale federale occorre procedere con i piedi di piombo prima di sanzionare una violazione della norma penale contro il razzismo, dato che in una democrazia deve essere possibile

11 Altri aspetti relativi all'evoluzione della giurisprudenza sul razzismo nei social media e in Internet sono trattati al cap. 4.2.

12 Decisione 2016-018N, banca dati CFR (di seguito: CFR 2016-018N).

13 CFR 2017-003N.

14 CFR 2015-057N.

15 CFR 2015-026N.

16 CFR 2015-056N.

17 Altri casi in cui la punibilità era evidente:

CFR 2016-005N;

CFR 2014-015N;

CFR 2014-017N.

18 CFR 2015-047N.

19 CFR 2003-030N

(DTF 131 IV 23).

criticare un determinato gruppo della popolazione. La critica può essere espressa anche sopra le righe, purché nel complesso si attenga ai fatti e sia fondata su ragioni obiettive. L'importante è che «l'obiettivo della lotta alla discriminazione razziale non sia svuotato della sua sostanza»²⁰.

Nel 2003 un tribunale di primo grado ha tenuto a precisare molto chiaramente a un imputato che vi si era appellato per giustificare le proprie affermazioni in vista di una votazione federale che la libertà di espressione deve essere garantita, ma non beneficia di una tutela illimitata²¹. Nelle sue affermazioni l'imputato aveva descritto le SS come garanti della pace armati di Adolf Hitler, in altre si era riferito ai «Balkanesen» (termine spregiativo per persone originarie dei Balcani) come a persone con comportamenti assolutamente riprovevoli dal punto di vista sociale. Il tribunale non ha accettato la giustificazione addotta rilevando che, con la norma penale contro il razzismo, il legislatore ha limitato la libertà di espressione e che quindi non ci si può più appellare ai diritti fondamentali per giustificare comportamenti puniti dall'articolo 261^{bis} CP. L'organo d'appello ha successivamente precisato che è per principio escluso un conflitto tra l'articolo 261^{bis} CP e i diritti fondamentali. Chi esercita diritti fondamentali, ad esempio esprimendo liberamente la propria opinione, deve anche rispettare i diritti fondamentali degli altri. La libertà di espressione va dunque esercitata senza ledere diritti fondamentali di altre persone, in questo caso la dignità umana. La corte ha pertanto suffragato l'opinione che non esista alcun conflitto giuridico tra punibilità delle affermazioni razziste, lesive della dignità umana, e libertà di espressione.

4.1.4 Giurisprudenza più recente

Il Tribunale federale ha ribadito questa relativizzazione della libertà di espressione in caso di discriminazione razziale nel 2017, confermando la condanna di due funzionari dell'UDC per un'inserzione intitolata «Kosovaren schlitzen Schweizer auf!» (nella versione italiana: «Dei kosovari pugnalano uno svizzero», mentre in tedesco non è chiaro se si tratti di uno svizzero o degli svizzeri in generale; inoltre «aufschlitzen» significa letteralmente squarciare, sbudellare)²².

Nella sua sentenza, l'Alta Corte ha ritenuto che si trattasse di una generalizzazione priva di fondamenti oggettivi tendente ad attribuire una propensione alla criminalità superiore alla media alle persone di origine kosovara e a negare loro il diritto di soggiornare in Svizzera²³. Nel 2016, il tribunale d'appello di Berna aveva confermato in una sentenza dettagliata il giudizio del tribunale di primo grado, ribadendo il ruolo della dignità umana come «principio costitutivo supremo dello Stato» e, di conseguenza, come «obiettivo valoriale primario di tutto l'ordinamento giuridico». Considerata l'intangibilità dell'essenza dei diritti fondamentali, la contrapposizione tra divieto di discriminazione razziale e libertà di espressione non può costituire un conflitto tra diritti fondamentali equivalenti, poiché la dignità umana rappresenta il presupposto e l'origine di ogni altro diritto fondamentale. Argomentando in questo modo, il tribunale d'appello aveva fatto proprio il parere di Niggli (che nega per principio la possibilità di tale conflitto²⁴), sottolineando tuttavia che nell'interpretare l'articolo 261^{bis} capoverso 4 CP occorre tener conto della libertà di espressione, soprattutto nell'ambito del dibattito politico.

20 CFR 2003-030N (DTF 131 IV 23 consid.3.1 pag. 28).

21 CFR 2003-010N.

22 CFR 2017-010N (sentenza (del Tribunale federale) 6B_610/2016 del 13 aprile 2017).

23 CFR 2017-010N (sentenza (del Tribunale federale) 6B_610/2016 del 13 aprile 2017 consid. 3.3.3).

24 Niggli, Kommentar, N 795.

Nel 2019 il Tribunale federale ha confermato la condanna pronunciata da un tribunale regionale, secondo il quale nell'interpretare l'articolo 261^{bis} CP occorre tener conto della libertà di espressione²⁵. Negli anni 2015 e 2016, l'imputato aveva pubblicato sulla rivista «Le pamphlet» cinque testi nei quali metteva in dubbio le prove del genocidio degli ebrei europei rimandando a più riprese alle valutazioni del negazionista francese Robert Faurisson. Secondo il Tribunale federale, la libertà di espressione è subordinata alle restrizioni previste all'articolo 261^{bis} CP al fine di tutelare l'ordine pubblico. L'imputato non può quindi appellarsi ai suoi diritti fondamentali. Il Tribunale federale ha stabilito che, a determinate condizioni, anche la libertà di espressione garantita all'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) può essere limitata. Secondo l'Alta Corte, non offre più diritti della libertà di espressione sancita dalla Costituzione federale.

In un'altra sentenza, il Tribunale federale ha sottolineato che in una democrazia deve essere possibile esprimere opinioni invise alla maggioranza, anche se suscettibili di scioccare molte persone. Deve inoltre essere possibile criticare determinati gruppi di persone. Nel dibattito pubblico è spesso difficile distinguere sin dall'inizio la critica priva di fondamenti oggettivi da quella giustificata. Se a ogni affermazione si applicassero criteri severi in virtù di un'interpretazione del diritto penale in senso lato, si rischierebbe di limitare anche la critica motivata²⁶. Le direttive elaborate per l'interpretazione degli attacchi all'onore dovrebbero trovare applicazione anche all'articolo 261^{bis} CP. Non bisogna tuttavia attribuire alla libertà di espressione un'importanza così grande da svuotare la lotta contro la discriminazione della sua sostanza²⁷.

Già nel 2007, in relazione alla condanna del politico turco Doğu Perinçek il Tribunale federale aveva deciso che chi disconosce il genocidio armeno non può essere legittimato a invocare la libertà di espressione o addirittura la libertà della scienza, poiché l'articolo 261^{bis} CP costituisce una base legale che consente di limitare i diritti fondamentali²⁸. Successivamente la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) ha però smentito questa posizione, dando maggior peso, nel caso specifico, alla libertà di espressione e condannando la Svizzera.

In una sentenza del 2018 su un caso successivo analogo il Tribunale federale ha adeguato la sua giurisprudenza. Il tribunale d'appello ticinese aveva condannato l'autore di un articolo che disconosceva il genocidio di Srebrenica definendolo una menzogna propagandista²⁹. Il Tribunale federale ha stabilito che, malgrado la presenza degli estremi della fattispecie oggettiva dell'articolo 261^{bis} capoverso 4 CP, fosse stato violato il diritto di esprimere liberamente la propria opinione. In questo caso, basandosi sulla giurisprudenza elaborata nel caso Perinçek, ha ribadito che l'espressione delle proprie opinioni su questioni d'interesse generale merita la massima tutela. Il testo riguarda la storia recente ed è d'interesse pubblico. Benché sia indubbiamente irrispettoso e offensivo per le famiglie delle vittime, il loro ricordo e la comunità dei musulmani di Bosnia in generale, l'articolo non va visto come una lesione della loro dignità tale da richiedere un intervento penale. Date le circostanze, in una società democratica non si può ritenere necessaria una condanna – il che non va tuttavia letto come una legittimazione dell'articolo.

25 CFR 2019-021N (sentenza (del Tribunale federale) 6B_350/2019 del 29 maggio 2019). Il caso è analizzato più in dettaglio al cap. 4.4.

26 CFR 2004-051N (DTF 131 IV 23 consid.3.1 pag. 28).

27 In questo caso il Tribunale federale si è appellato a una sentenza della Corte EDU del 23 settembre 1994, Jersild contro Danimarca.

28 CFR 2006-054N (sentenza [del Tribunale federale] 6B_398/2007 del 12 dicembre 2007).

29 CFR 2018-039N (DTF 145 IV 23).

Questo esempio evidenzia che, nei casi di disconoscimento di genocidi che non siano l'Olocausto, la libertà di espressione ha un peso maggiore rispetto ai casi di disconoscimento dell'Olocausto. Ciò è da attribuire presumibilmente alla giurisprudenza della Corte EDU, visto che con la sua prima sentenza sul caso Perinçek il Tribunale federale aveva ancora presupposto – secondo molti correttamente – la parità di trattamento tra i genocidi³⁰.

In una sentenza pronunciata nel 2019, il tribunale d'appello di Berna è giunto alla conclusione, come avevano già fatto il tribunale regionale e l'autorità di perseguimento penale, che un disegno su un manifesto dei Giovani UDC superava «chiaramente i limiti ammessi» della libertà di espressione. Sul manifesto intitolato «Diciamo di no alle aree di transito per gli zingari stranieri!» si vede un uomo con il berretto da alpigiano che si tappa il naso davanti a un campeggio disseminato di spazzatura, dove una persona di pelle scura fa i suoi bisogni. Il tribunale d'appello ha ritenuto che la critica avrebbe potuto essere espressa in altro modo. Un lettore medio imparziale interpreta il manifesto come un discredito generalizzato dei nomadi, che secondo la giurisprudenza sono considerati un'etnia³¹. Il manifesto era stato pubblicato da due esponenti dei Giovani UDC in vista delle elezioni cantonali. In questo caso si è quindi ritenuto che fosse stato oltrepassato il limite della libertà di espressione anche nel dibattito politico. I condannati hanno annunciato di voler ricorrere al Tribunale federale.

Dalla nuova giurisprudenza emerge pertanto che, pur essendo tuttora presa in considerazione e ritenuta molto importante dai tribunali, nelle sentenze precedenti la libertà di espressione godeva spesso di un peso maggiore. Nel frattempo, anche il Tribunale federale ha fatto propria l'opinione che la dignità umana non possa essere contrapposta ad altri diritti fondamentali e che la libertà di espressione non tuteli assolutamente le affermazioni lesive della dignità umana. Nei casi di disconoscimento di genocidi diversi dall'Olocausto, il Tribunale federale sembra però attribuire meno peso alla dignità umana. Ciò è da ricondurre alla giurisprudenza della Corte EDU nel caso Perinçek. Non è tuttavia chiaro il motivo per cui i genocidi non siano trattati tutti allo stesso modo, pur essendo riconosciuti in quanto tali da numerosi Stati.

La giurisprudenza svizzera valuta quindi il rapporto tra l'articolo 261^{bis} CP e la libertà di espressione non in modo uniforme, ma nel singolo caso. In alcuni casi la giurisprudenza parte dal presupposto che la dignità umana, l'oggetto tutelato dall'articolo 261^{bis} CP, non possa essere contrapposta ad altri diritti fondamentali, poiché rappresenta l'essenza intangibile di tutti i diritti fondamentali. In altri casi procede invece a una ponderazione tra punibilità delle affermazioni razziste e libertà di espressione, soprattutto nei dibattiti politici e scientifici. In tal caso si parte probabilmente dall'opinione che l'oggetto tutelato sia la pace pubblica, dato che la dignità umana, essenza di tutti i diritti fondamentali, non può essere messa sul piatto della bilancia.

30 In merito al «disconoscimento dei genocidi» cfr. cap. 4.4.

31 CFR 2019-032N.

4.1.5 Excursus: cosa può essere definito razzista?

Un altro possibile interrogativo in relazione alla libertà di espressione è il seguente: una persona può essere accusata di razzismo e, in caso affermativo, quando? Durante la campagna sull'iniziativa dell'UDC contro i minareti, la Fondazione contro il razzismo e l'antisemitismo (GRA) ha definito sul suo sito web «razzismo verbale» un discorso di un presidente dei Giovani UDC. Il Tribunale federale l'ha condannata per lesione della personalità, poiché le affermazioni del politico non erano punibili³².

La Corte EDU non ha condiviso questo giudizio: la questione non era se, con le sue parole, il politico dei Giovani UDC avesse violato il diritto penale, ma si trattava invece di stabilire se, definendo razzista l'affermazione dei Giovani UDC, la GRA avesse oltrepassato i limiti della critica lecita conformemente alla libertà di opinione. La corte ha ricordato il significato della libertà di opinione in un dibattito politico prima di una votazione e, nello specifico, nel contesto di un'iniziativa a sfondo xenofobo³³.

La Corte EDU dà quindi generalmente molto peso alla libertà di espressione, non soltanto quanto alla liceità di fare affermazioni presumibilmente razziste, ma anche all'ammissibilità di definire qualcosa razzista.

4.2 Evoluzione della giurisprudenza sul razzismo nei social media e in Internet

4.2.1 Definizione di social media

I social media sono media, piattaforme online o canali digitali che assicurano l'interconnessione e la comunicazione tra i loro utenti³⁴. Questi ultimi possono utilizzarli per scambiare informazioni e contenuti o per acquisire conoscenze. Si tratta ad esempio di reti sociali (p. es. Facebook), piattaforme di condivisione di fotografie (p. es. Instagram), piattaforme di condivisione di video (p. es. YouTube), servizi di microblogging (p. es. Twitter) o wiki (p. es. Wikipedia). In genere sono pubblici e non hanno o hanno poche barriere di accesso. Si distinguono inoltre per il fatto che lo scambio è reciproco e non unilaterale, come nel caso, ad esempio, dei media stampati³⁵.

La presente analisi considera sia i social media sia tutte le altre piattaforme Internet, ossia i forum, le piattaforme, i siti web, le chat room, i blog ecc., pubblici o semipubblici, ai quali si accede senza grandi difficoltà per condividere informazioni con un gruppo determinato o indeterminato di persone. Sono considerati anche i siti web di privati che manifestano le loro opinioni. È stato inoltre incluso un caso verificatosi in una chat room di Teletext, dal momento che in linea di principio soddisfa i criteri dei social media. Sono invece esclusi le e-mail di massa e gli SMS, poiché non rientrano tra i social media (a differenza p. es. dei gruppi WhatsApp) e i destinatari possono essere determinati e delimitati in modo nettamente più chiaro che non sulla maggior parte delle piattaforme online. Ciò non esclude tuttavia che il criterio del «pubblicamente» possa essere soddisfatto anche da e-mail e SMS³⁶.

32 Sentenza (del Tribunale federale) 5A_82/2012 del 29 agosto 2012.

33 Sentenza della Corte EDU del 9 gennaio 2018, GRA contro Svizzera.

34 Cfr. www.wirtschaftslexikon.gabler.de › Definitionen › Social Media (consultato l'8 settembre 2020).

35 Cfr. www.onlinemarketing-praxis.de › Glossar › Social Media (consultato l'8 settembre 2020).

36 Cfr. p. es. CFR 1999-031N, CFR 2006-007N, CFR 2010-017N, CFR 2014-013N.

4.2.2 Evoluzione della discriminazione razziale in Internet

La discriminazione razziale in Internet e nei social media può avvenire in vari modi e in vari forum. Esistono forum, chat room, blog e siti web pubblici creati appositamente per discreditare persone di una determinata etnia, «razza» o religione o semplicemente non appartenenti alla propria etnia, «razza» o religione, pubblicare commenti xenofobi e propagare odio. Vi sono inoltre siti web e forum pubblici, come Facebook, YouTube, Twitter, siti web di partiti, istituzioni o media, utilizzati da privati per pubblicare tali commenti.

Il primo caso di discriminazione razziale in Internet documentato nella banca dati risale al 1999³⁷. Il ministero pubblico friburghese ha condannato un uomo per un commento sprezzante sugli jugoslavi in un newsgroup online. L'accusato incolpava gli jugoslavi di portare via tutto agli svizzeri e di essere pagati per «non fare niente». Sosteneva che bisognava rispedirli al loro Paese, dove avrebbero potuto farsi la guerra. Nel 2000 un altro ministero pubblico ha condannato una persona per affermazioni antisemitiche su una piattaforma di discussione in Internet³⁸. Dopo un ricorso, il tribunale di primo grado l'ha tuttavia assolta per errori procedurali. Nel 2001 è giunta un'altra condanna, questa volta per gestione di un sito web con contenuti razzisti. Lo stesso anno è stata assolta una persona che aveva inserito nel proprio sito web link a siti nazisti e creato un libro degli ospiti, utilizzato da simpatizzanti nazisti³⁹. La dottrina critica il fatto che, a torto, questi atti non siano condannati in quanto «azioni di propaganda»⁴⁰. Tra il 2001 e il 2009 sono stati censiti da tre a otto casi all'anno che riguardavano tutti affermazioni in siti web e blog propri, forum di discussione pubblici, nonché siti web di partiti o notizie.

Nel 2010, per la prima volta un'autorità di perseguimento penale si è occupata di un post su Facebook⁴¹: l'autorità zurighese ha condannato l'imputato, mediante decreto d'accusa, per il suo commento razzista, «Guarda il negro», a una fotografia della parte lesa. Nel 2012 un ministero pubblico di San Gallo ha condannato una persona che aveva caricato su YouTube un video che fomentava l'odio e propagava lo sterminio degli ebrei e dei neri⁴². Nel 2013 è stata condannata, mediante decreto d'accusa, una persona, che per sei mesi aveva propagato sul suo account Twitter ideologie xenofobe e nazionalsocialiste, tra l'altro con affermazioni come «Vi auguro un giorno senza negri ed ebrei – Heil Hitler»⁴³.

Nel 2019 sono state emanate le prime decisioni concernenti la discriminazione razziale in gruppi WhatsApp. In uno di questi gruppi, un agente di polizia aveva condiviso con altri agenti immagini che ridicolizzavano l'Olocausto. Il gruppo contava circa 20 membri (il numero variava) che non avevano stretti legami personali. Il ministero pubblico competente ha pertanto ritenuta soddisfatta il criterio del «pubblicamente» e condannato l'uomo⁴⁴. In un secondo caso è stato emanato un decreto di non luogo a procedere⁴⁵: benché anche in questo caso la chat sia stata definita pubblica, non è stato constatato alcun discredito della dignità umana.

Nel 2015 il numero di casi in Internet ha segnato un'impennata, passando dai 9 dell'anno precedente a 28, 19 dei quali su Facebook. Negli anni successivi Facebook è rimasta la piattaforma con il maggior numero di casi, anche se a un livello più basso. L'alto numero del 2015 si spiega con il rilancio, proprio in quell'anno,

37 CFR 1999-045N.

38 CFR 2000-024N.

39 CFR 2001-030N,

CFR 2001-032N.

40 Niggli, Kommentar, N 1223.

41 CFR 2010-032N.

42 CFR 2012-008N.

43 CFR 2013-027N.

44 CFR 2019-007N.

45 CFR 2019-016N.

del dibattito pubblico sul conflitto israelo-palestinese. La maggioranza dei post su Facebook proveniva da una pagina accessibile al pubblico, che incitava ad azioni a favore dei palestinesi⁴⁶. Ciò dimostra che le decisioni sui e i moventi dei casi possono benissimo dipendere dal dibattito pubblico attuale.

Dal 2016 al 2019 sono stati registrati tra i 10 e i 18 casi in Internet all'anno, il che corrisponde a una quota compresa tra un quarto e un terzo dei casi di razzismo registrati negli stessi anni. Nel 2015 i casi in Internet rappresentavano la metà del totale. Ciò vale anche per il 2014, sia pure su un numero complessivo di casi nettamente inferiore. Nel 2013 la quota era di un terzo. Tra il 1999 e il 2012 i casi in Internet erano decisamente più rari o pressoché inesistenti. Questo può essere dovuto tra l'altro al fatto che Facebook – la piattaforma da cui proviene il maggior numero di casi – è stata fondata nel 2004 ed è diventata popolare in Svizzera solo a partire dal 2007 circa.

4.2.3 Gestori di siti web e fornitori di servizi Internet

Come già menzionato, i siti web rilevanti in questo contesto possono essere suddivisi in due categorie: da un lato i siti web e i blog razzisti appositamente creati per propagare ideologie razziste, dall'altro siti web «normali» che offrono rubriche per commenti, forum o altre possibilità di scambio. Per quanto riguarda i casi censiti nella banca dati verificatisi in Internet o sui social media, circa un quarto concerne siti web e blog esplicitamente razzisti. La maggioranza, invece, è stata rilevata su siti web, compresi i social media, usati abusivamente per commenti razzisti. Una parte considerevole di questi «siti web normali» è costituita da siti di partiti sui quali sono stati pubblicati contenuti razzisti, ad esempio come parte del programma del partito⁴⁷. I casi riguardanti siti di partiti risalgono soprattutto agli anni prima del 2012. È possibile che, negli ultimi anni, attraverso la giurisprudenza i partiti abbiamo appreso cosa è lecito e cosa è invece meglio non pubblicare per evitare una condanna.

Può sorprendere che solo tre casi riguardano commenti su portali di notizie come «20min.ch» e «Blick.ch». Da un lato ciò è dovuto al fatto che in genere gli utenti commentano in modo anonimo e sono di conseguenza difficilmente identificabili per le autorità di perseguimento penale. Dall'altro i portali di notizie moderano le loro rubriche dei commenti e cancellano immediatamente o non pubblicano quelli con contenuti razzisti⁴⁸. La maggior parte dei giornali dispone inoltre di una cosiddetta netiquette, che vieta i commenti razzisti.

Per quanto riguarda i fornitori di servizi Internet, nel 2002 un'autorità di perseguimento penale ha assolto un provider che gestiva gratuitamente un server, che ospitava circa 250 siti web con contenuti xenofobi, razzisti e nazionalsocialisti⁴⁹. Secondo il ministero pubblico, l'atto punibile è commesso anzitutto dai produttori dei contenuti. Sussiste un'attività penalmente rilevante da parte del provider solo se modera attivamente la diffusione dei contenuti. Una responsabilità penale del provider per omissione presupporrebbe la possibilità di giustificare un obbligo di intervenire. Bisognerebbe ad esempio esigere che il provider effettui accertamenti e cancelli directory o dati se viene a conoscenza di contenuti lesivi.

46 CFR 2015-001N; CFR 2015-003N; da CFR 2015-008N fino a CFR 2015-021N.

47 Cfr. p. es. CFR 2007-063N, CFR 2006-051N, CFR 2005-018N.

48 Nel maggio del 2020 «20min» ha aggiornato la sua app, aggiungendo anche un nuovo algoritmo destinato a filtrare e bloccare i commenti razzisti. Siccome all'inizio non funzionava ancora correttamente, tra i commenti sono però improvvisamente comparse molte più affermazioni razziste. Ciò mostra l'importanza di questa funzione di filtro.

49 CFR 2002-005N.

4.2.4 Carattere pubblico nei social media e in Internet

La questione del carattere pubblico è menzionata raramente nella giurisprudenza, poiché si parte dal presupposto che, su piattaforme Internet accessibili al pubblico, sia per principio dato⁵⁰. Nel 2008 un tribunale ha chiarito che Internet è accessibile a chiunque. Siccome per partecipare alla chat room era sufficiente registrarsi, le affermazioni dell'imputato erano pubbliche⁵¹.

Nel 2014, un ministero pubblico è stato costretto a ricostruire tweet razzisti, poiché l'imputato li aveva cancellati molto rapidamente dopo averli postati⁵². Siccome i tweet cancellati non possono essere ripristinati dalla società Twitter Inc., il ministero pubblico si è rivolto a due società con sede in Canada e negli Stati Uniti che sviluppano strumenti per analizzare le piattaforme online e salvano nei loro archivi tra l'altro i tweet. Il tribunale di primo grado ha dovuto verificare se i protocolli fossero stati acquisiti correttamente per poter essere utilizzati. In caso di misure istruttorie riguardanti oggetti all'estero si applica il principio di territorialità anche se l'acquisizione dei dati avviene online. Per l'acquisizione di dati attraverso server situati all'estero occorre avviare un procedimento di assistenza giudiziaria. Il tribunale di primo grado è giunto alla conclusione che, nel caso in esame, i dati avrebbero dovuto essere acquisiti tramite l'assistenza giudiziaria poiché i protocolli non si trovavano su una sezione dei server situati all'estero accessibile al pubblico. L'imputato ha dichiarato che il tweet, che ha potuto essere ricostruito e ha portato alla sua condanna, era stato visibile su Twitter solo per 5-10 minuti, prima di essere cancellato da lui stesso. La durata di visibilità di un post o il numero di persone effettivamente raggiunte sono però irrilevanti. Siccome il post era stato pubblicato un sabato sera, secondo il tribunale di primo grado l'imputato avrebbe dovuto prevedere, in base alle consuetudini, che l'affermazione avrebbe potuto essere letta da terzi. La corte ha inoltre precisato che il fattore determinante è la semplice possibilità di lettura da parte di terzi estranei. Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa, il fatto che il tweet sia stato seguito in tempo reale solo da almeno due o tre follower non esclude assolutamente una qualifica dell'atto quale atto pubblico.

Nel 2015 un'autorità di perseguimento penale ha condannato l'autore del commento: «È un peccato che non ci sia qualcuno come Hitler che mandi questa gentaglia nelle camere a gas. O magari le camere a gas non sono ancora pronte?», postato in un gruppo chiuso su Facebook. La questione del carattere pubblico non è stata menzionata nel decreto d'accusa, ma manifestamente il commento è stato considerato pubblico, il che dimostra che anche i gruppi chiusi non sono sempre considerati privati. Il fattore determinante è sempre il legame tra le singole persone⁵³.

La giurisprudenza sul carattere pubblico dell'atto è relativamente consolidata sia in generale sia in riferimento a Internet e ai media. Il carattere pubblico è rapidamente ritenuto dato in assenza di chiari stretti legami personali tra tutte le persone «presenti», fisicamente o online.

50 CFR 2002-022N,
CFR 2003-049N.

51 CFR 2008-009N.

52 CFR 2014-005N.

53 CFR 2015-056N.

4.2.5 Aspetti speciali

Inserimento di link

Nel 2002 un tribunale di primo e uno di secondo grado del Cantone di Zurigo hanno dovuto stabilire se l'inserimento di link adempia la fattispecie del razzismo. Nel caso concreto, un professore aveva inserito nella propria pagina Internet dell'università un link a un altro sito web, non gestito da lui⁵⁴. A sua volta, questo sito web antirazzista conteneva circa 100 link, che portavano tutti a siti con contenuti di discriminazione razziale. All'imputato era rimproverato di aver voluto destare, con il link apparentemente innocuo «click here», l'interesse dei visitatori per rendere accessibili al più ampio pubblico possibile pagine di odio, propagando così ulteriormente le ideologie di cui erano latrici. L'imputato negava sostenendo che i link fossero stati inseriti nell'ambito di una discussione sulle regole cui sono soggetti gli utenti di Internet quale critica alle regole vigenti e non per promuovere la propaganda razzista. Entrambi i tribunali hanno escluso la promozione di azioni di propaganda razzista argomentando che l'imputato non aveva fatto propri i contenuti dei siti web raggiunti dai link mediante un'integrazione tecnica o contenutistica nella sua pagina Internet, ma aveva piuttosto creato il collegamento per scopi illustrativi nell'ambito di una discussione sulle regole cui sono soggetti gli utenti di Internet. Inoltre il primo link portava a un sito web antirazzista e solo da quest'ultimo si potevano raggiungere i siti contestati.

Secondo il tribunale di primo grado, la difesa aveva giustamente sottolineato l'importanza della libertà di opinione e della scienza ai sensi degli articoli 16 e 20 Cost. e dell'articolo 10 CEDU. Benché chi incoraggia azioni di propaganda ai sensi dell'articolo 261^{bis} capoverso 3 CP non possa certo invocare questi diritti, «se non si vuole inibire ogni discussione o presa di posizione che rimandi a fonti punibili secondo l'articolo 261^{bis} CP, per stabilire quando un incoraggiamento è illecito bisogna però tener conto delle libertà che tutelano». Per altro, «[...] l'indicazione delle fonti scientifiche nelle note a piè di pagina di una biografia di Hitler o l'inserimento di filmati storici risalenti al Terzo Reich in un documentario, ad esempio, non sono considerati perseguibili come propagazione illecita dell'ideologia nazionalsocialista».

Per quanto riguarda l'«inserimento di link» bisogna chiedersi se si tratti della semplice mediazione dell'accesso a un altro sito web, equiparabile a un rimando, o se il link debba essere considerato una messa a disposizione di contenuti (di terzi). Se i contenuti provengono da chi lo ha messo a disposizione, questi è responsabile civilmente e penalmente. Se però attraverso il link consente l'accesso a contenuti di terzi, una punibilità illimitata «non corrisponderebbe alla natura del link quale strumento fondamentale di Internet né al dovere degli organi incaricati di applicare il diritto di tener conto della libertà di opinione e della scienza anche nell'ambito dell'articolo 261^{bis} CP». In questi casi occorre pertanto valutare se chi mette a disposizione il link ne abbia fatto proprio il contenuto. A tal fine sono determinanti tre sottocriteri: 1. il contesto concreto del link, ossia la posizione assunta rispetto al rimando; 2. il contesto tematico del link, ossia il nesso tematico tra i contenuti del sito web e la sottodirectory; 3. il metodo di collegamento, ossia le caratteristiche tecniche del link.

«Mi piace» sotto i post

Finora nessun tribunale ha mai dovuto occuparsi dei «mi piace» sotto commenti razzisti. In relazione a un'azione per oltraggio all'onore, nel 2017 un tribunale distrettuale ha ritenuto che cliccando sul pulsante «mi piace» si approva l'oltraggio. Non si tratta di una divulgazione, bensì di un giudizio positivo sul contenuto. Secondo il tribunale, chi clicca «mi piace» fa proprio il contenuto. Il Tribunale federale ha confermato questa posizione, adottata anche dal tribunale di secondo grado. L'attivazione in Facebook dei pulsanti «mi piace» e «condividi» può accrescere la visibilità e, di conseguenza, contribuire alla diffusione, in seno alla rete sociale, dei contenuti contrassegnati. Occorre tuttavia valutare di volta in volta se si tratti di una divulgazione illecita di un contenuto lesivo. Il Tribunale federale ha comunque accolto il ricorso, poiché il tribunale di grado inferiore aveva a torto negato all'imputato la prova della verità dell'affermazione contestata⁵⁵. È ipotizzabile che lo stesso possa valere per i commenti razzisti.

Territorialità in caso di esternazioni in Internet

Nel 2016, un ministero pubblico di San Gallo è stato chiamato a stabilire se postare un commento di discriminazione razziale su Facebook sia punibile in Svizzera se al momento dell'atto l'autore si trovava all'estero⁵⁶. Di norma il CP si applica solo a chi commette un reato in Svizzera (art. 3 CP). Sono però possibili deroghe a questo principio di territorialità (p. es. art. 7 CP). I reati in Internet possono essere puniti in Svizzera se sono commessi o se producono i loro effetti in Svizzera (art. 8 CP). L'autorità penale è giunta alla conclusione che il luogo di commissione era con tutta probabilità al di fuori della Svizzera e di conseguenza il reato non sottostava alla giurisdizione svizzera. Inoltre siccome sia i delitti contro l'onore sia quelli di discriminazione razziale sono reati di messa in pericolo astratta (che per natura non possono avere un effetto nel senso giuridico del termine e quindi neppure un luogo in cui l'effetto si produce), nemmeno il luogo dov'è avvenuto l'atto poteva giustificare una giurisdizione svizzera.

Lo stesso anno, un'altra autorità penale ha negato la giurisdizione svizzera in un caso in cui l'imputato era domiciliato in Guatemala e aveva redatto lì il contributo contestato. Siccome l'imputato non risiedeva in Svizzera, non era prevista alcuna deroga al principio di territorialità secondo l'articolo 7 CP⁵⁷.

In un altro caso, invece, è stato condannato un imputato che, al di fuori della Svizzera, aveva pubblicato un'immagine di Adolf Hitler che faceva il saluto nazista su una pagina Facebook pubblica accessibile dalla Svizzera. Si è tuttavia rinunciato a valutare se si configurasse o meno di un'eccezione ai sensi dell'articolo 7 CP⁵⁸.

55 Sentenza (del Tribunale federale) 6B_1114/2018 del 29 gennaio 2020.

56 CFR 2016-001N.

57 CFR 2016-025N.

58 CFR 2015-032N.

59 CFR 2012-011N.

Colpa

Nel 2012 un tribunale di primo grado ha constatato solo una colpa lieve da parte di un imputato che aveva propagato testi razzisti attraverso un proprio sito web⁵⁹. Il tribunale ha ritenuto che i testi antisemiti fossero molto diffusi e facilmente

reperibili in Internet e che l'imputato fosse quindi colpevole solo di aver divulgato testi già disponibili e facilmente accessibili agli interessati. Secondo il tribunale, inoltre, testi di quella grossolanità e teorie del complotto non sarebbero nemmeno più prese molto sul serio. Questa interpretazione può stupire, poiché l'argomento che sono già molto facili da reperire vale probabilmente per tutti i testi. Inoltre le teorie del complotto antisemita non sono affatto innocue e sono purtroppo ancora prese sul serio da molte persone.

Un altro procedimento è stato sospeso perché l'imputato ha fatto valere che il suo account su Facebook era stato hackerato. Non è stato possibile ottenere indicazioni sugli autori⁶⁰.

4.3 Il termine «razza» nella giurisprudenza⁶¹

4.3.1 Il termine «razza» nel Codice penale

Già prima, ma soprattutto nel XIX secolo si fa strada l'idea di una classificazione biologica degli esseri umani secondo categorie gerarchiche che postula l'esistenza di «razze» umane distinte. Nel contesto storico e sociale del tempo, il costrutto di «razza» serviva a legittimare i rapporti di potere.

Due secoli più tardi, il termine «razza» è incluso nel CP per perseguire la discriminazione razziale. Nell'introdurlo, il legislatore si ispira alla terminologia della ICERD⁶². Il termine compare anche all'articolo 8 Cost., nonché in qualche altro atto giuridico. Nel diritto svizzero, il termine non rimanda all'erronea origine biologica della parola, oggi insostenibile sia moralmente sia scientificamente, ma è inteso in senso sociologico e storico. Nell'adottare l'articolo 261^{bis} CP, il Consiglio federale ha definito la nozione di «razza» come segue: «la razza è un gruppo di esseri umani che, in virtù di caratteri ereditari e immutabili, si considera o è considerato come differente dagli altri gruppi».

4.3.2 Definizione di «razza» nella giurisprudenza

Nel 1997 il Tribunale federale ha stabilito che i concetti di «razza», appartenenza etnica e religione si riferiscono a contesti diversi e non possono essere chiaramente definiti in termini giuridici. Ha inoltre precisato che è inutile formulare definizioni penali di «razza» ed etnicità. Non si tratta infatti di accertare se queste caratteristiche esistano davvero, se la cerchia di persone interessate se le sia autoattribuite o se le siano state attribuite, a torto o a ragione, da altri. L'unica cosa che conta è la motivazione (razzista) dell'autore⁶³.

Quest'esposizione del Tribunale federale chiarisce il ruolo delle autorità di perseguimento penale e dei tribunali svizzeri nei casi di discriminazione razziale. I tribunali devono unicamente giudicare se si sia o meno in presenza di una discriminazione dettata da motivi razziali. Non hanno alcuna necessità né il compito di definire il contenuto del termine «razza». Il Tribunale federale non si pronuncia quindi sull'esistenza delle «razze» e precisa che questo compito non spetta alle autorità di

60 CFR 2016-028N.

61 Testo ripreso in gran parte da Marine Merenda «Definizione della razza da parte delle autorità giudiziarie svizzere», in *Tangram* n. 44.

62 Messaggio concernente l'adesione della Svizzera alla ICERD, FF 1992 III 257.

63 CFR 1997-026N (DTF 123 IV 202 consid. 3 pag. 206).

perseguimento penale né ai tribunali svizzeri. Il termine «razza» si riferisce tuttavia a una serie di criteri, come il colore della pelle, sui quali si basano gli imputati per differenziare le persone. Per applicare efficacemente l'articolo 261^{bis} CP e lottare contro la discriminazione razziale, alle autorità di perseguimento penale e ai tribunali incombe quindi interpretare la disposizione definendo i criteri su cui si fondano le distinzioni illecite, dato che sono loro, in ultima analisi, a dover punire i comportamenti che operano una distinzione sulla base di questi criteri.

Le definizioni adottate dalle autorità di perseguimento penale e dai tribunali cantonali variano leggermente. Si possono distinguere tre approcci: la «razza» come percezione esterna, la «razza» come percezione di sé e la «razza» come insieme di caratteristiche comuni. È importante rammentare che le autorità stabiliscono espressamente che, dal punto di vista scientifico, è impossibile suddividere l'umanità in «razze» e che tale suddivisione può soltanto essere considerata un'astrazione arbitraria riconducibile a fenomeni sociali e storici⁶⁴.

La «razza» come percezione esterna (identificazione altrui): un'autorità penale del Cantone di Lucerna fa riferimento alla seguente definizione di «razza»: «gruppo di persone percepito come sostanzialmente differente dagli altri in virtù di caratteristiche fisiche e/o culturali più o meno immutabili»⁶⁵.

La «razza» come percezione di sé (autoidentificazione): un tribunale di secondo grado del Cantone di Vaud stabilisce che la «razza» è un gruppo di persone che si autodefinisce o viene definito da altri gruppi come differente in virtù di un insieme di caratteristiche, fisiche o culturali, che gli appartengono e che sono più o meno immutabili⁶⁶.

La «razza» come insieme di caratteristiche comuni: un tribunale distrettuale zurighese si discosta leggermente dall'ultima definizione presentata e stabilisce che la nozione di «razza» corrisponde a un gruppo di persone che presentano o alle quali sono attribuite caratteristiche biologiche comuni⁶⁷.

Mentre l'autorità di perseguimento penale lucernese prevede che l'appartenenza a una «razza» debba essere attribuita da terzi, il tribunale vodese aggiunge una dimensione supplementare a questa definizione e considera anche la percezione di sé del gruppo⁶⁸. Il tribunale zurighese constata infine che basta la condivisione di determinate caratteristiche per qualificare come «razza» un gruppo di persone.

Da queste definizioni è possibile dedurre due interpretazioni diverse della nozione di «razza»: la «razza» come criterio distintivo attribuito a un gruppo da terzi o da persone appartenenti al gruppo stesso e la «razza» come realtà intrinseca di un gruppo che presenta caratteristiche comuni. Nel primo caso, il riconoscimento di un gruppo come «razza» passa dalla percezione e dall'attribuzione, mentre nel secondo caso il fatto che un gruppo possieda alcune caratteristiche comuni è sufficiente per far sì che sia riconosciuto come «razza». Nel primo caso, un gruppo che presenta caratteristiche comuni non si può definire «razza», a meno che determinate persone non lo percepiscano come tale e non gli attribuiscano quest'etichetta. Senza questa attribuzione, il gruppo non costituisce una «razza». Secondo questa concezione, le «razze» non esistono quindi nella realtà, ma

64 CFR 1998-018N.

65 CFR 1998-002N.

66 CFR 2004-004N.

Una definizione analoga è contenuta nella sentenza CFR 2003-049N.

67 CFR 1998-018N. Il tribunale distrettuale zurighese precisa espressamente che, dal punto di vista scientifico, è impossibile suddividere l'umanità in «razze». Tale suddivisione può soltanto essere considerata un'astrazione arbitraria derivante da fenomeni sociali e storici.

68 CFR 2004-004N.

riflettono unicamente l'attribuzione di questa caratteristica. Il tribunale distrettuale di Zurigo adotta invece un approccio meno differenziato. La differenza tra queste due interpretazioni è sottile, ma rivela punti di vista significativamente diversi.

4.3.3 Uso del termine «razza» nella giurisprudenza

Le autorità di perseguimento penale e i tribunali non seguono una prassi uniforme nell'uso della nozione di «razza» nelle loro decisioni che riguardano l'articolo 261^{bis} CP. Mentre alcuni tribunali prendono le distanze e sottolineano che questa nozione deriva da un'astrazione sociale, altre autorità non esitano a definire razzialmente diversi alcuni gruppi di persone.

Un tribunale di primo grado del Cantone di Zurigo, ad esempio, utilizza la formulazione «persone di pelle scura, che secondo questa definizione rappresentano una «razza» ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP»⁶⁹. Altri tribunali di primo grado zurighesi utilizzano le espressioni «cosiddetta razza delle persone di pelle scura»⁷⁰ e «cosiddetta razza nera»⁷¹. Queste formulazioni segnalano chiaramente che la nozione di «razza» è frutto di un'astrazione sociale e di una percezione, interna o esterna, del gruppo. Il Tribunale federale utilizza una formulazione simile: «i neri costituiscono una razza ai sensi di questa disposizione»⁷².

Un'autorità di perseguimento penale del Cantone di Neuchâtel descrive invece la figura rappresentata in un disegno come una «persona nera»⁷³. In modo analogo, un tribunale di primo grado del Cantone di Vaud si pronuncia sui propositi dell'imputato e stabilisce che aveva intenzione di «prendersela con la razza nera»⁷⁴. Anche un'autorità penale del Cantone di Zurigo parla di «razza nera»⁷⁵. Tali formulazioni illustrano come questi tribunali individuino delle «razze» nel senso sociologico del termine e non esitino ad attribuire questa caratteristica ad alcuni gruppi di persone.

È importante notare che, nel loro uso del termine «razza», le autorità di perseguimento penale e i tribunali si rifanno tutti all'interpretazione sociologica proposta dal Consiglio federale. Ciononostante, le differenze nell'uso del termine mettono in risalto quanto sia complesso riferirsi a una nozione che può essere percepita come razzista. La varietà nell'uso del termine «razza» potrebbe suggerire una scarsa conoscenza dell'origine storica della parola che mette in difficoltà i tribunali.

Le sentenze del Tribunale federale citate fanno pensare che l'Alta Corte di preferenza si riferisca al termine «razza» distanziandosene chiaramente. Questa posizione collima con la sua prima sentenza inerente alla discriminazione razziale, nella quale sostiene che le autorità devono limitarsi a riconoscere che la distinzione sia stata fatta sulla base della «razza», senza pronunciarsi sull'esistenza di «razze» o attribuire questa caratteristica a un gruppo⁷⁶.

69 CFR 2003-049N.

70 CFR 2003-027N.

71 CFR 2000-058N.

72 CFR 1997-030N

(DTF 124 IV 121 consid.

2 pag. 124).

73 CFR 2003-050N.

74 CFR 2007-010N.

75 CFR 2013-014N.

76 CFR 1997-026N

(DTF 123 IV 202).

4.3.4 Cosa contiene la nozione di «razza»?

In alcuni casi, espressioni o comportamenti litigiosi si riferiscono esplicitamente alla «razza». Ne sono un esempio affermazioni del tipo «la mescolanza razziale è un genocidio»⁷⁷. In una situazione simile è chiaro che la discriminazione è basata sulla «razza» e non occorre un'analisi più approfondita da parte delle autorità.

Per le autorità di perseguimento penale e i tribunali non è tuttavia necessario che l'autore si riferisca esplicitamente al termine «razza»: basta che operi una distinzione basandosi su questa nozione. È per esempio il caso dell'affermazione «non tutti i neri sono criminali, ma un'America senza neri sarebbe più sicura, più pulita e più ricca». In questo caso, il Tribunale federale ha ritenuto che «il messaggio se la prende con tutti i neri [...] unicamente perché sono neri [...]. La razza ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP è caratterizzata segnatamente dal colore della pelle. Non vi sono quindi dubbi che i neri costituiscano una razza ai sensi di tale disposizione»⁷⁸. Seguendo lo stesso ragionamento, l'autorità di perseguimento penale del Cantone di Ginevra ha stabilito che «il termine «sporco negro» è chiaramente legato alla razza nell'interpretazione della giurisprudenza»⁷⁹.

In assenza di un'esplicita menzione della parola «razza» è necessario identificarne i criteri di riferimento per poter giudicare se la distinzione operata dall'imputato sia stata fatta sulla base di questa caratteristica. Allo scopo di interpretare la nozione di «razza» ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP, le autorità di perseguimento penale e i tribunali cantonali hanno stabilito i seguenti criteri: un insieme di caratteristiche fisiche e/o culturali più o meno immutabili specifiche al gruppo (quali il colore della pelle, l'ascendenza, la lingua, gli usi, i costumi)⁸⁰ e un insieme di caratteri ereditari comuni⁸¹. Questi criteri sono simili e parzialmente sovrapponibili. Sono inoltre vaghi e determinare sulla loro base quali gruppi concreti possono essere concretamente riconosciuti come «razza» ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP è talvolta difficile. La prassi delle autorità di perseguimento penale e dei tribunali ne delinea meglio i contorni.

I tribunali riconoscono che la «razza» ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP è caratterizzata in particolare dal colore della pelle⁸². Le affermazioni, gli insulti e i comportamenti che operano una distinzione tra persone sulla base del colore della pelle sono quindi ritenuti discriminazioni riconducibili alla «razza»⁸³.

Un tribunale di primo grado del Cantone di Friburgo ha stabilito che denigrare le persone originarie dei Balcani con il termine «Balkanesen» costituisce una discriminazione basata sulla «razza»⁸⁴. Qui il criterio di appartenenza non è il colore della pelle, ma un insieme di caratteristiche, fisiche e/o culturali, specifiche al gruppo e più o meno immutabili. In questo caso, la classificazione sembra tuttavia discutibile: non si vede infatti quali dovrebbero essere le caratteristiche fisiche immutabili. Le caratteristiche culturali dovrebbero giustificare piuttosto la protezione di un'etnia.

Le autorità di perseguimento penale e i tribunali seguono la prassi del Tribunale federale, secondo cui è irrilevante se i membri del gruppo presentino effettivamente le caratteristiche che rivendicano o che vengono loro attribuite⁸⁵. Conta soltanto se la distinzione è operata sulla base di una caratteristica vietata ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP.

77 CFR 2006-014N.
78 CFR 1997-030N (DTF 124 IV 121 consid. 2 pag. 124).
79 CFR 2017-028N.
80 CFR 2004-004N;
CFR 1996-002N.
81 CFR 2004-004N;
CFR 2003-049N.
82 CFR 1997-030N (DTF 124 IV 121).
83 P. es. CFR 2018-009N;
CFR 2017-028N;
CFR 2007-010N.
84 CFR 2003-010N.
85 CFR 2016-007N (sentenza (del Tribunale federale) 6B_715/2012 del 6 febbraio 2014).

Finora i tribunali svizzeri non hanno identificato esplicitamente altri gruppi – oltre ai «neri» e ai «Balkanesen» – suscettibili di essere considerati una «razza» ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP. Altri gruppi protetti dall'articolo 261^{bis} CP sono i gruppi etnici. La distinzione tra «razza» e appartenenza etnica⁸⁶ è sottile e talvolta difficile da cogliere. Nei casi limite, succede regolarmente che i ministeri pubblici e i tribunali si limitino a constatare che l'espressione controversa opera una distinzione sulla base di un criterio vietato ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP, senza precisare se la distinzione si basi sulla «razza» o sull'appartenenza etnica.

Da quest'analisi emerge che le autorità cantonali sono riluttanti o riscontrano difficoltà nello stabilire una definizione chiara e precisa del termine «razza». Si attengono pertanto alla prima decisione del Tribunale federale inerente alla discriminazione razziale, secondo cui i tribunali devono limitarsi a riconoscere che è stata operata una distinzione tra persone in virtù della «razza», ma non spetta loro pronunciarsi sull'esistenza di diverse «razze». Le autorità devono limitarsi a determinare i criteri sottesi alla nozione di «razza». Ma si tratta di un esercizio complesso e finora le autorità di perseguimento penale e i tribunali hanno chiarito questi criteri in misura molto limitata. È inoltre possibile che l'assenza di una definizione precisa derivi dall'imbarazzo delle autorità nell'utilizzare una nozione a forte connotazione razzista. Infatti, come è possibile definire un termine frutto di ideologie razziste senza sdoganarlo? Tutti sanno che non sono le «razze» a creare il razzismo, bensì il razzismo a creare le «razze». La questione è delicata e solleva diversi interrogativi filosofici, ma la priorità, dal punto di vista giuridico, è disporre di una protezione efficace contro la discriminazione ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP. Sebbene l'interpretazione giuridica del termine «razza» soffra di questa mancanza di precisione e, a tratti, della confusione tra «razza» ed etnia, la protezione contro la discriminazione razziale non viene meno e questa è la cosa più importante.

4.4 Il termine etnia nella giurisprudenza

4.4.1 Problematica

Un altro dei quattro oggetti tutelati dall'articolo 261^{bis} CP è l'etnia. In merito alla caratteristica «orientamento sessuale», nel 2019 non esisteva ancora nessuna giurisprudenza. Se il concetto di «religione» sembra piuttosto chiaro e la «razza» suscita una certa incertezza ed esitazione da parte dei ministeri pubblici e dei tribunali, come illustrato al capitolo 4.3, per quanto riguarda l'etnia a colpire è piuttosto l'eterogeneità della giurisprudenza. Di fronte alle stesse situazioni, i tribunali giungono in parte a conclusioni diverse, il che fa sì che sussista una certa incertezza del diritto in relazione alla tutela dell'etnia.

Per etnia s'intende in generale un gruppo di persone appartenenti alla stessa cultura (lingua, costumi e tradizioni). Queste persone si vedono esse stesse come un gruppo distinto e sono percepite in quanto tali dal resto della popolazione⁸⁷.

86 In merito alla tutela dell'etnia cfr. cap. 4.4.

87 Niggli, Kommentar, N 653 segg.

4.4.2 Nazionalità come etnia?

Nel quadro di diverse decisioni ci si è chiesti se la nazionalità possa essere intesa come un'etnia ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP? La risposta sembra dipendere dalla nazionalità. In decisioni del passato, gli albanesi, gli albanesi del Kosovo, i portoghesi, gli italiani, gli arabi e i palestinesi sono stati considerati etnie⁸⁸. Un tribunale distrettuale zurighese ha già riconosciuto anche gli svizzeri come un'etnia⁸⁹. Benché la Svizzera non sia formata da una popolazione omogenea a livello linguistico, religioso e culturale, ciò non significa che gli svizzeri non abbiano una forte identità comune che può essere a sua volta bersaglio di attacchi razzisti o xenofobi, conclude la corte. Molti Stati sono formati da gruppi linguistici, culturali, etnici e religiosi distinti e ciononostante si intendono come un'unica comunità e in quanto tale sono anche percepiti, riconosciuti o respinti. Molti anni più tardi, un tribunale di secondo grado del Cantone di Berna ha fatto riferimento a questa decisione zurighese considerando gli «svizzeri tedeschi» un'etnia ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP⁹⁰. In un altro caso l'autorità penale ha invece negato l'esistenza di un oggetto tutelato nell'ingiuria «sporco svizzero»⁹¹.

Nel 2009 un tribunale di primo grado del Cantone del Giura ha condannato un imputato, che aveva definito la vicina «sporca marocchina»⁹². Nel Cantone di Lucerna, in un caso il ministero pubblico è giunto alla conclusione che per le «persone originarie dei Balcani» si possano presumere una storia comune e un sistema coeso di caratteristiche e, di conseguenza, l'appartenenza a un'unica etnia⁹³. Dieci anni prima, un altro tribunale si era chiesto se gli «jugoslavi» costituissero un'etnia, dal momento che l'ex Jugoslavia era composta da vari gruppi etnici, come mostrava anche la ripartizione in nazioni indipendenti intervenuta nel frattempo⁹⁴. Nella dottrina non vi è unanimità sul fatto che una nazione composta da vari gruppi etnici possa essere vista come un gruppo di persone tutelato secondo l'articolo 261^{bis} CP o meno. Nel caso degli albanesi, invece, la nazionalità è associata pubblicamente all'appartenenza a una determinata etnia, quella albanese. Il ceppo degli albanesi stesso si definisce un'etnia a sé. Da quanto emerge, quindi, in linea di principio la nazionalità in quanto tale, cioè quale categoria giuridica, non è contemplata dall'articolo 261^{bis} CP. Se però per nazionalità s'intende l'etnia interessata, l'articolo trova applicazione. Non sembra tuttavia sempre facile stabilire quando ciò sia il caso. I tribunali giungono a risultati divergenti, ma sembra prevalere la tendenza a riconoscere la nazionalità in quanto etnia.

88 CFR 2002-009N;
CFR 1999-022N;
CFR 1996-012N;
CFR 2001-045N;
CFR 1999-029N;
CFR 1997-024N;
CFR 2008-022N;
CFR 2009-010N;
CFR 2004-037N.

89 CFR 2000-014N.

90 CFR 2008-052N.

91 CFR 1998-031N.

92 CFR 2009-054N.

93 CFR 1997-027N.

94 CFR 1999-022N.

95 CFR 2017-010N

(sentenza [del Tribunale federale] 6B_610/2016 del 13 aprile 2017).

In una sentenza di principio emanata nel 2017, il Tribunale federale ha confermato la condanna di due funzionari dell'UDC che avevano pubblicato in Internet e su alcuni quotidiani un'inserzione intitolata «Kosovaren schlitzen Schweizer auf!» (nella versione italiana: «Dei kosovari pugnalanano uno svizzero»)⁹⁵. Gli imputati avevano fatto valere il fatto che in Kosovo vivono diversi gruppi di popolazione e che quindi il termine kosovari poteva essere definito un'etnia solo attraverso una cosiddetta «denominazione etnica collettiva», il che era però inammissibile. Avevano inoltre fatto notare che l'articolo 261^{bis} CP non protegge la nazionalità. Il tribunale di grado inferiore aveva rilevato che i gruppi etnici si distinguono per una storia e un sistema di atteggiamenti e di norme comportamentali comuni (tradizione, usanze, lingua ecc.). Agli occhi degli svizzeri, i kosovari che vivono in Svizzera costituiscono quindi un'etnia, a prescindere dal fatto che la Svizzera abbia o meno riconosciuto

il Kosovo come Stato e quando. Seguendo la tesi del tribunale di grado inferiore, il Tribunale federale ha precisato che, ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP, per etnia s'intende un segmento di popolazione che si vede come gruppo distinto ed è visto come tale anche dal resto della popolazione. Deve quindi avere una storia e un sistema di atteggiamenti e di norme comportamentali comuni (tradizione, usanze, lingua ecc.) e appellarsi a queste caratteristiche per distinguersi. L'articolo 261^{bis} CP non contempla la nazione e la nazionalità quali categorie giuridiche. La norma penale è applicabile se per nazionalità s'intendono non lo statuto giuridico, ma le caratteristiche etniche associate alla nazione. Il termine «kosovari» designa le persone originarie del Kosovo. In Kosovo vivono vari gruppi etnici, prevalentemente albanesi del Kosovo (oltre il 90 %), ma anche, tra l'altro, serbi, bosniaci, croati e rom. Il termine «kosovari» designa non solo una nazionalità, bensì collettivamente le varie etnie che vivono in Kosovo. Anche buona parte delle etnie che rientrano nel termine collettivo corrisponde alla nozione di etnia ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP. Non si può far dipendere l'illegalità di un'affermazione dal fatto che si riferisca ad esempio agli «albanesi del Kosovo» più che ai «kosovari». Sulla scorta di queste considerazioni, il Tribunale federale è giunto alla conclusione che i «kosovari» rappresentano un'etnia secondo l'articolo 261^{bis} CP⁹⁶.

I tribunali e le autorità di perseguimento penale hanno manifestamente difficoltà nell'applicare la nozione di etnia: finora non ne hanno infatti elaborato una definizione univoca. Non è sempre possibile stabilire inequivocabilmente se un gruppo appartenga alla stessa cultura (lingua, usanze, tradizioni) e se i suoi membri si vedano come un gruppo distinto e siano visti in quanto tali anche dal resto della popolazione. Spesso questa definizione vale anche per la nazionalità, che però non è sinonimo di etnia. Alcuni tribunali e autorità di perseguimento penale sono pertanto giunti alla conclusione che, ciononostante, certe nazionalità costituiscono anche etnie. Nel caso degli svizzeri, i tribunali hanno opinioni divergenti sul fatto che possano essere riconosciuti in quanto etnia. La dottrina ammette questa lettura per alcuni gruppi cantionali⁹⁷.

4.4.3 Termini collettivi

Con la decisione precedente, in relazione ai cosiddetti «termini collettivi» il Tribunale federale ha fatto propria la dottrina di Niggli, secondo cui l'articolo 261^{bis} CP è applicabile anche quando termini come «stranieri» o «richiedenti l'asilo» sono utilizzati come semplici sinonimi o termini collettivi per gruppi protetti contro la discriminazione razziale. «Un comportamento non diventa lecito soltanto perché diretto contemporaneamente contro più etnie o «razze» senza enumerare separatamente i singoli gruppi»⁹⁸.

Nel caso di un agente di polizia che aveva insultato un richiedente l'asilo algerino con gli appellativi «sporco straniero» e «richiedente l'asilo di m...», il tribunale di primo grado di Basilea Città ha rilevato che l'imputato aveva fatto leva sull'appartenenza etnica straniera della vittima chiamandolo in modo ingiurioso «straniero» e «richiedente l'asilo»⁹⁹. Secondo il tribunale è irrilevante che l'autore non menzioni espressamente o addirittura non conosca l'appartenenza etnica della vittima: la punibilità non deve dipendere da fattori aleatori come la scelta delle

96 CFR 2017-010N (sentenza [del Tribunale federale] 6B_610/2016 del 13 aprile 2017 consid. 2.3).

97 Niggli, Kommentar, N 675.

98 Niggli, Kommentar, N 736.

99 CFR 2011-032N.

parole o il livello d'istruzione dell'autore. L'agente di polizia ha portato la causa fino al Tribunale federale, il quale nel 2014 ha sentenziato che per affermazioni come «jugoslavo di m...», «sporco ebreo» o «sporco negro» il nesso con una determinata «razza», etnia o religione è incontestabile. Nel caso di affermazioni come «sporco straniero» o «richiedente l'asilo di m...», invece, il nesso manca, poiché i termini «straniero» e «richiedente l'asilo» designano gruppi di persone molto eterogenei. Il Tribunale federale ha tuttavia rimandato alla dottrina prevalente, secondo la quale rientrano nel campo d'applicazione dell'articolo 261^{bis} CP anche termini di questo tipo se utilizzati come sinonimi di determinate «razze» o etnie oppure come termini collettivi per designare più «razze» o etnie concrete. Contrariamente all'opinione del tribunale di grado inferiore, il Tribunale federale ha tuttavia ritenuto che le designazioni «richiedente l'asilo» e «straniero» non siano necessariamente termini collettivi o sinonimi di «razze» ed etnie extraeuropee per il semplice fatto che l'interessato fosse manifestamente di origine nordafricana. È altresì possibile che terzi imparziali non abbiano l'impressione che l'accusato abbia ingiuriato la vittima non a causa della sua «razza», etnia o religione, bensì perché straniero e richiedente l'asilo. Lo statuto giuridico di straniero e richiedente l'asilo non è tuttavia tutelato dall'articolo 261^{bis} capoverso 4 prima parte CP, ragion per cui l'agente di polizia è stato assolto¹⁰⁰.

Nel 2004 un tribunale di primo grado nel Cantone di Friburgo aveva condannato l'autore di un volantino contro un previsto centro per richiedenti l'asilo sul quale venivano oltraggiati i richiedenti l'asilo¹⁰¹. Il tribunale è partito dal presupposto che il termine «richiedente l'asilo» designasse collettivamente un'altra «razza» o etnia, che non doveva per forza essere identificabile. Secondo la corte, l'uso del termine «richiedente l'asilo» quale termine collettivo emerge dal fatto che nel caso specifico è espressa un'offesa collettiva contro tutte le persone di altre «razze». Le affermazioni erano sempre rivolte al gruppo di richiedenti l'asilo alloggiato nel centro in quel momento. Per l'autore era però irrilevante a quale «razza» o etnia appartenessero. L'essenziale era che non fossero svizzeri.

Altre autorità di perseguimento penale hanno condannato, in virtù dell'articolo 261^{bis} CP, persone che si erano espresse in modo sprezzante sui rifugiati¹⁰² e richiedenti l'asilo siriani¹⁰³. Sono sfociate in verdetti di colpevolezza anche le affermazioni «Richiedenti l'asilo in Svizzera... ma sì, se è proprio necessario... nell'Emmental... o forse neanche!! Fuori questi pezzi di m...!»¹⁰⁴ e «Al posto del tiro obbligatorio... introdurre il tiro ai richiedenti l'asilo... chi non colpisce il suo deve portarselo a casa...»¹⁰⁵.

100 CFR 2011-032N (sentenza [del Tribunale federale] 6B_715/2012 del 6 febbraio 2014 consid. 2.2.2 segg.).

101 CFR 2004-057N.

102 CFR 2015-040N.

103 CFR 2015-038N;
CFR 2015-039N.

104 CFR 2014-016N.

105 CFR 2014-014N.

4.5 Disconoscimento del genocidio

4.5.1 In generale

L'articolo 264 CP così come l'articolo 6 dello Statuto di Roma¹⁰⁶ e l'articolo 2 della Convenzione delle Nazioni Unite sul genocidio¹⁰⁷ definiscono il genocidio come segue:

- Ciascuno dei seguenti atti commessi nell'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso:
- a) uccidere membri del gruppo;
 - b) cagionare gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di persone appartenenti al gruppo;
 - c) sottoporre deliberatamente persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica, totale o parziale, del gruppo stesso;
 - d) imporre misure volte ad impedire le nascite in seno al gruppo;
 - e) trasferire con la forza bambini appartenenti al gruppo ad un gruppo diverso.

La seconda parte dell'articolo 261^{bis} capoverso 4 CP punisce il disconoscimento, la minimizzazione grossolana o la giustificazione del genocidio e di altri crimini contro l'umanità. Secondo il Tribunale federale, il bene giuridico tutelato da questa disposizione è la pace pubblica. Diritti individuali, come la protezione della dignità umana, sono tutelati solo indirettamente¹⁰⁸. È irrilevante se le affermazioni sono proferite di fronte a persone (o gruppi di persone) vittima di un genocidio o di fronte a terzi estranei¹⁰⁹.

L'articolo 261^{bis} capoverso 4 CP non riguarda esclusivamente il disconoscimento dei crimini commessi dal regime nazionalsocialista: il testo della legge si applica a tutti i genocidi, a condizione però che siano universalmente o pressoché universalmente riconosciuti. Per la giurisprudenza e la dottrina, l'Olocausto è un fatto storico riconosciuto come veritiero dalla collettività che in un processo penale non ha bisogno di essere dimostrato. Questo principio di punibilità della negazione dell'Olocausto detta ai giudici la procedura concernente il disconoscimento di altri genocidi: si tratta quindi di appurare se sussista un consenso generale sui fatti disconosciuti.

Tra il 1995 e il 2019 sono stati registrati 84 casi (per un totale di 98 decisioni) di disconoscimento del genocidio: 8 si sono conclusi con un'assoluzione, 68 con una condanna, 11 con un decreto di non luogo a procedere e 11 con un abbandono del procedimento.

La netta maggioranza dei casi (73) riguarda la negazione dell'Olocausto. Un caso riguardava l'occupazione cinese del Tibet¹¹⁰ e un altro il genocidio in Ruanda¹¹¹:

¹⁰⁶ Statuto di Roma della Corte penale internazionale, RS 0.312.1.

¹⁰⁷ Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, RS 0.311.11.

¹⁰⁸ Cfr. CFR 2019-007N con rimando a CFR 2002-024N (DTF 129 IV 95); cfr. però Niggli, secondo il quale anche all'art. 261^{bis} cpv. 4 seconda parte CP il bene giuridico tutelato è la dignità umana, Kommentar, N 360 seg.

¹⁰⁹ CFR 2002-024N (DTF 129 IV 95 E 3.5 pag. 105); CFR 1998-029N (DTF 126 IV 20 consid. 1 pag. 23).

¹¹⁰ CFR 2003-002N.

¹¹¹ CFR 2000-018N.

entrambi si sono conclusi con un decreto di non luogo a procedere. Cinque casi riguardavano il genocidio degli armeni¹¹². Una decisione più recente si è occupata del genocidio di Srebrenica¹¹³.

4.5.2 Bene giuridico tutelato e diritto di ricorso

In un caso gli imputati avevano presentato una «contropetizione» a una petizione per una commemorazione del genocidio armeno: «I sottoscritti condannano la campagna istigativa avviata recentemente dal Comitato armeno per la commemorazione del presunto genocidio degli armeni di 80 anni fa. Questa designazione distorce grossolanamente i fatti storici.»¹¹⁴ Il tribunale di primo grado competente ha respinto l'accusa e assolto gli imputati. Nella decisione, la corte non ha stabilito se durante la Prima Guerra mondiale sia stato commesso un genocidio degli armeni poiché mancava la fattispecie soggettiva da parte degli imputati. Secondo la corte, il disconoscimento, la minimizzazione o la giustificazione del «genocidio» degli armeni da parte degli imputati non erano dettati da un movente razzista, dal momento che con la loro iniziativa volevano semplicemente esprimere la posizione corrente in Turchia, difesa dallo Stato e diffusa nei libri di testo. Il tribunale di secondo grado e il Tribunale federale hanno respinto i ricorsi contro la sentenza, poiché i ricorrenti non erano accusatori privati né vittime.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, la seconda parte dell'articolo 261^{bis} capoverso 4 è un reato contro la pace pubblica. La dignità umana non è tutelata direttamente in quanto bene giuridico. Nel 2012, sempre un tribunale di primo grado del Cantone di Zurigo ha deciso, basandosi sulla giurisprudenza del Tribunale federale, che nei casi di disconoscimento di un genocidio non vi sono singole persone direttamente danneggiate e quindi non vi sono parti lese ai sensi del diritto di procedura penale. Di conseguenza non è possibile costituirsi quale accusatore privato ed essere legittimati a ricorrere.¹¹⁵

4.5.3 Olocausto

L'Olocausto quale fatto storico

La giurisprudenza riconosce l'Olocausto quale fatto storico che non deve essere dimostrato in un processo penale. In un caso del genere, il tribunale non deve fare appello ai lavori degli storici. La negazione dell'Olocausto comporta quindi sempre automaticamente anche un discredito degli ebrei. Le autorità di perseguimento penale partono inoltre dal presupposto che ogni persona che ha completato una formazione scolastica media o partecipa alla quotidianità di una società come la nostra sia al corrente dell'Olocausto¹¹⁶. Non ci si può quindi appellare al fatto di non aver saputo ciò che si propagava. Per negazione dell'Olocausto non s'intende solo il disconoscimento completo, bensì anche il fatto di metterne in dubbio alcuni elementi, ad esempio le camere a gas¹¹⁷.

112 CFR 2001-027N;
CFR 2006-054N;
CFR 2008-017N;
CFR 2009-001N;
CFR 2012-010N.

113 CFR 2018-039N
(DTF 145 IV 23).

114 CFR 2001-027N.

115 CFR 2012-010N.

116 CFR 2019-007N.

117 P. es. CFR 2015-033N;
CFR 2015-035N.

Negazione dell'Olocausto in Internet e nei social media

In un caso clamoroso del 2014 è stato condannato l'autore del seguente tweet: «Magari abbiamo bisogno di un'altra notte dei cristalli... questa volta per le moschee»¹¹⁸. Il tribunale di primo grado del Cantone di Zurigo ha constatato che, con questa affermazione, l'imputato esprimeva l'opinione che la notte dei cristalli fosse già stata necessaria una volta, cercando così di giustificare un genocidio. L'imputato era consapevole dei retroscena storici della notte dei cristalli come pure del fatto che l'espressione «notte dei cristalli» è utilizzata e intesa come sinonimo di genocidio. È generalmente riconosciuto che la notte dei cristalli rappresenti il passaggio dalla discriminazione antisemita al perseguimento e all'assassinio sistematico degli ebrei durante il nazionalsocialismo. Con la sua affermazione, che mirava a discreditarli i musulmani nella loro dignità umana, l'imputato ha quindi anche giustificato il genocidio degli ebrei. Il tribunale di secondo grado ha confermato la sentenza.

È sfociato in una condanna anche un video postato su Facebook nel 2019 nel quale era negato l'Olocausto e messa in dubbio la responsabilità dei tedeschi per la guerra. L'imputato aveva intitolato il video «Video molto importante! L'OLOCAUSTO da 7 milioni di morti! I CADAVERI DELLA PROPAGANDA di BUCHENWALD erano SOLDATI TEDESCHI AFFAMATI ASSASSINATI»¹¹⁹.

Altri esempi di negazione dell'Olocausto in Internet sono: «PUTIN ha di nuovo ragione! È ora che la menzogna dell'Olocausto sia scoperta e i responsabili identificati!!! E allora l'Israele dei Rothschild dovrà restituire ai tedeschi alcuni miliardi!!!!»¹²⁰, «Guardando il video vedrai anche perché Hitler ha iniziato la Seconda guerra mondiale.....e se i sionisti mentono così e i media con loro non posso che dubitare che l'Olocausto abbia avuto tali dimensioni.....»¹²¹ e «Potrei ammazzare tutti gli ebrei, ma ne ho lasciati alcuni in vita per farvi vedere perché l'ho fatto» (citazione di Adolf Hitler accompagnata da una sua fotografia)¹²².

La maggior parte dei casi relativi all'articolo 261^{bis} capoverso 4 seconda parte CP riguarda affermazioni del genere in Internet, soprattutto su Facebook. Essendo spesso inequivocabili nel loro disconoscimento o nella loro minimizzazione e nel conseguente disprezzo dell'essere umano, possono essere liquidati mediante brevi decreti d'accusa, senza ulteriori motivazioni.

Le persone condannate per negazione dell'Olocausto gestivano spesso anche siti web creati appositamente a tal fine. Una di queste aveva pubblicato e in parte redatto personalmente vari articoli sull'Olocausto in cui sosteneva che gli ebrei erano stati sì espropriati e sfollati, ma non assassinati. Nei suoi testi l'Olocausto era definito a più riprese una menzogna, essendo tecnicamente impossibile uccidere persone con lo Zyklon B¹²³. Nel 2015 una persona condannata a una pena detentiva ha presentato ricorso al Tribunale federale. Aveva pubblicato sul suo blog contenuti come: «Il comportamento degli ebrei suscita un'avversione tale [...] da far considerare il loro sterminio come una buona azione» o «Ci si allontana tanto più dalla tesi del genocidio quanto più i suoi sostenitori sono incapaci di produrre la minima prova di un qualsiasi ordine scritto di sterminare gli ebrei e dell'esistenza di una camera a gas [...]». Il Tribunale federale ha respinto il ricorso¹²⁴. Nel 2010

118 CFR 2014-005N.

119 CFR 2019-011N.

120 CFR 2017-012N.

121 CFR 2015-035N.

122 CFR 2015-034N.

123 CFR 2018-021N.

124 CFR 2015-049N (sentenza [del Tribunale federale] 6B_1100/2014 del 14 ottobre 2015).

un membro del comitato di un partito è stato condannato da un tribunale di primo grado per aver pubblicato sul sito web del partito un articolo intitolato «Le menzogne su Anna Frank», nel quale metteva in dubbio l'autenticità del diario e definiva l'Olocausto una «manipolazione mirata delle persone, ma non un fatto dimostrato storicamente»¹²⁵. Nel 2009 un'autorità di perseguimento penale ha condannato un uomo che aveva pubblicato sul sito web di un'organizzazione di estrema destra di cui era stato membro tra l'altro i seguenti contributi: «L'Olocausto passerà alla storia come la maggior menzogna propagandistica», «L'unica soluzione è e resta distruggere Israele e la popolazione mondiale ebraica», «Se dovesse finire la legna da ardere, potremmo provare a vedere se gli ebrei bruciano davvero così bene come ci raccontano»¹²⁶. Nel 2007 un'autorità di perseguimento penale ha condannato l'autore di un articolo pubblicato su un sito web, nel quale il monumento all'Olocausto di Berlino era definito una «perversione che distrugge l'anima»¹²⁷.

Tra il 2016 e il 2018, un agente di polizia aveva condiviso con altri agenti in un gruppo WhatsApp parecchie immagini che banalizzavano e ridicolizzavano l'Olocausto. Per il ministero pubblico non vi era alcun dubbio che si fosse superato il limite tra umorismo di cattivo gusto lecito e lesione della dignità umana penalmente perseguibile¹²⁸.

Negazione «pseudoscientifica» dell'Olocausto

Oltre che di affermazioni negazioniste dell'Olocausto in Internet e nei social media, i tribunali e le autorità di perseguimento penale si sono regolarmente occupati anche di altre forme di comunicazione, ossia libri, riviste e conferenze, che si distinguono nettamente, per modalità e portata (e spesso anche intenzione), dalle singole affermazioni in Internet. Se in queste ultime l'Olocausto è spesso minimizzato o, quale segno di odio nei confronti degli ebrei «rimpianto», ma non veramente disconosciuto con prove pseudoscientifiche, i libri, le riviste e le conferenze mirano spesso a confutare il fatto storico dell'Olocausto.

Nel 2018 un tribunale di primo grado ha assolto l'organizzatore di una conferenza¹²⁹, dopo che l'autorità di perseguimento penale l'aveva ritenuto colpevole¹³⁰. Durante la conferenza, un'oratrice aveva tenuto una presentazione di 90 minuti intitolata «Divieto di parlare-divieto di utilizzare prove-divieto di difendersi. La realtà della libertà di opinione», nella quale negava l'Olocausto e sosteneva, con un'argomentazione pseudoscientifica, che non esistono prove certe sui luoghi di commissione, sugli autori, sul numero di vittime e sulla durata dei reati. A causa di questa conferenza, in Germania l'oratrice è stata dichiarata colpevole di negazione dell'Olocausto. Sull'assoluzione dell'organizzatore in Svizzera non è purtroppo disponibile alcuna motivazione scritta della sentenza.

Nel 1997 un'autorità di perseguimento penale ha ritenuto colpevoli otto persone che avevano girato un «film nazista» in pubblico, utilizzando bandiere e stendardi con la croce uncinata, fasce da braccio naziste e finti cartelli stradali («Treblinka 300 km», «Dachau 150 km», «Auschwitz 400 km»)¹³¹. Durante le riprese gli attori, non professionisti, indossavano uniformi dell'esercito svizzero o vestiti da detenuto. Si lavorava secondo una sceneggiatura scritta a mano. L'autorità di perseguimento

125 CFR 2010-024N.

126 CFR 2009-027N.

127 CFR 2005-025N.

128 CFR 2019-007N.

129 CFR 2017-013N.

130 CFR 2017-013N.

131 CFR 1997-003N.

penale ha giudicato non troppo grave la colpa dell'imputato, poiché le atrocità del regime nazista non erano state esaltate in alcun modo, ma erano piuttosto state pubblicate sotto forma di satira. Purtroppo il decreto d'accusa non contiene considerazioni di diritto sui motivi per cui questo fatto rientrasse comunque nel campo di applicazione dell'articolo 261^{bis} capoverso 4 seconda parte CP.

Negli ultimi anni sono stati condannati in più occasioni editori di riviste revisionistiche. Tra il 2000 e il 2002, il Tribunale federale ha respinto vari ricorsi. Uno degli editori aveva distribuito 150 esemplari della sua rivista a conoscenti e biblioteche¹³². Vi si leggeva tra l'altro che l'Olocausto non era un fatto storico dimostrato, bensì una questione di convinzione, e che gli ebrei ne avevano abusato per assoggettare il mondo. L'autore scriveva inoltre che Hitler aveva realizzato il sogno sionista dal momento che ora gli ebrei avevano trovato una nuova patria in Israele. Un altro editore condannato aveva pubblicato sulla sua rivista tre articoli scritti di suo pugno nei quali contestava l'esistenza delle camere a gas, negava l'Olocausto e presentava un libro revisionista¹³³. È stato condannato anche l'autore di vari libri e articoli per riviste in cui negava lo sterminio di massa degli ebrei e soprattutto le camere a gas, definendole un'«invenzione per ricattare politicamente e finanziariamente il popolo tedesco»¹³⁴. Lo stesso anno, il Tribunale federale si è occupato di due librerie che avevano venduto un libro revisionista di Roger Garaudy intitolato «Les Mythes fondateurs de la politique israélienne»¹³⁵ nel quale era messo in dubbio tra l'altro il numero di sei milioni di ebrei assassinati durante la Seconda guerra mondiale. Nel 2017 è stato condannato l'autore di un libro di contenuto antisemita nel quale l'Olocausto era definito a più riprese un'assoluta falsificazione e menzogna e il «pezzente ebreo ortodosso» una «creatura ripugnante»¹³⁶.

Già in più occasioni sono state condannate persone che avevano distribuito volantini antisemiti sui quali si leggevano affermazioni come «L'Olocausto un mito sionista»¹³⁷ e «Lo sterminio di sei milioni di ebrei durante la Seconda guerra mondiale è la menzogna più grande»¹³⁸ o si sosteneva che le camere a gas e i loro sei milioni di vittime non erano mai state oggetto di indagini giuridicamente e scientificamente fondate, ossia obiettive¹³⁹.

Nel 2019 l'editore di una rivista è stato condannato per avervi pubblicato alcuni suoi articoli dedicati alla teoria di Robert Faurisson, secondo cui le camere a gas non sarebbero mai esistite. L'autore si chiedeva se ad avere ragione fosse la maggioranza o magari proprio Faurisson. In altri articoli definiva la «dottrina» di Faurisson addirittura la pura verità. Il tribunale di primo grado ha ritenuto che può costituire un disconoscimento non solo la negazione diretta della verità, ma anche il fatto di metterla in dubbio con «pseudoargomenti». In questo caso, per il tribunale era evidente che gli articoli mettevano in dubbio l'esistenza delle camere a gas e di conseguenza l'Olocausto. Per la corte, il fatto che l'autore si facesse passare per giornalista e pretendesse di essere alla ricerca della verità, lungi dall'essere una scusa aggravava ulteriormente la colpa.

L'imputato ha presentato ricorso contro la sentenza per una presunta violazione del suo diritto di essere sentito: nel procedimento davanti al tribunale di primo grado, l'esperto che aveva chiesto di sentire non era stato convocato. Il tribunale di secondo grado ha ritenuto che il diritto di essere sentito non era stato violato

132 CFR 2000-057N.

133 CFR 2000-020N.

134 CFR 1999-024N.

135 CFR 1997-017N.

136 CFR 2017-004N.

137 CFR 2007-073N.

138 CFR 2012-025N.

139 CFR 2007-022N.

se ciò che si voleva addurre non sarebbe comunque stato in grado di dimostrare i fatti che dovevano essere accertati. L'Olocausto è un fatto storico e l'imputato ha ammesso di aver scritto gli articoli. Il tribunale non vedeva quindi alcun motivo di sentire un altro testimone o esperto. Anche il tribunale di secondo grado è giunto alla conclusione che mettere in dubbio l'esistenza delle camere a gas equivale a un disconoscimento dei crimini dei nazisti e rientra nel campo di applicazione dell'articolo 261^{bis} capoverso 4 CP. Il disconoscimento può riguardare direttamente il genocidio, ma anche i suoi presupposti, ad esempio gli ordini di Hitler o l'esistenza dei campi di concentramento. Il disconoscimento delle camere a gas è il disconoscimento di una parte importante dell'Olocausto.

Il Tribunale federale ha confermato la sentenza del tribunale cantonale. L'Olocausto è un fatto storico assodato e mettere in dubbio l'esistenza delle camere a gas significa mettere in dubbio anche il genocidio degli ebrei da parte dei nazisti, il che rientra chiaramente nel campo di applicazione dell'articolo 261^{bis} capoverso 4 CP¹⁴⁰. In relazione a Garaudy, che nel suo libro metteva in dubbio i crimini dei nazisti contro gli ebrei, la Corte EDU ha definito il disconoscimento di fatti storici dell'Olocausto una delle forme più gravi di diffamazione razzista nei confronti degli ebrei¹⁴¹.

4.5.4 Genocidio degli armeni e caso Doğu Perinçek

Nell'opinione pubblica svizzera ha avuto grande risonanza il caso del politico turco Doğu Perinçek. Nel 2005, in occasione di varie manifestazioni pubbliche Perinçek aveva definito il genocidio armeno una «menzogna internazionale»¹⁴². All'epoca, il tribunale di primo grado aveva rilevato che il disconoscimento di un massacro non era sufficiente per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 261^{bis} capoverso 4 seconda parte CP: doveva trattarsi di un genocidio conformemente alla definizione della Convenzione sul genocidio e dello Statuto di Roma. Non entravano però in considerazione solo i genocidi già riconosciuti dalla giustizia internazionale. Nella discussione sull'articolo 261^{bis} capoverso 4 CP il genocidio armeno era stato menzionato quale esempio. Inoltre costituiva un fatto storico riconosciuto in quanto tale dalla Svizzera dal 2003, cosa di cui l'imputato era al corrente. Per questi motivi era stato ritenuto colpevole di disconoscimento di un genocidio.

Successivamente anche il Tribunale federale si era occupato del caso Perinçek e aveva stabilito che non si poteva parlare di un appello giustificato alla libertà di opinione o addirittura della scienza. L'articolo 261^{bis} CP rappresenta infatti una base legale che può limitare diritti fondamentali come i due diritti invocati. Secondo l'Alta Corte definire il genocidio degli armeni una menzogna internazionale e storica è un atto che si presta a perturbare direttamente la pace pubblica e a ledere indirettamente la dignità umana delle persone appartenenti alla comunità armena. Il Tribunale federale aveva respinto il ricorso e confermato la condanna di Perinçek¹⁴³.

Nel 2013 Perinçek ha impugnato la decisione del Tribunale federale davanti alla Corte EDU. Dapprima la Piccola Camera e poi la Grande Camera hanno ritenuto la Svizzera colpevole. Con la condanna di Perinçek, la Svizzera aveva violato la libertà

140 CFR 2019-021N (sentenza (del Tribunale federale) 6B_350/2019 del 29 maggio 2019).

141 Sentenza della Corte EDU del 24 giugno 2003, Garaudy contro Francia.

142 CFR 2006-054N.

143 CFR 2006-054N (sentenza (del Tribunale federale) 6B_398/2007 del 12 dicembre 2007).

di espressione di cui all'articolo 10 CEDU. Secondo la Corte EDU, i fatti del genocidio degli armeni non costituivano un fatto giuridicamente riconosciuto, come era invece il caso ad esempio per le camere a gas, riconosciute dal Tribunale di Norimberga. La corte ha inoltre ritenuto che non era possibile dimostrare che, con le sue affermazioni, Perinçek avesse voluto esortare alla xenofobia e alla discriminazione¹⁴⁴. Nel 2016, in una nuova sentenza, il Tribunale federale ha dovuto annullare la condanna e assolvere Doğu Perinçek dall'accusa di discriminazione razziale¹⁴⁵.

Un caso analogo si è verificato nel 2009 durante la visita in Svizzera di un rappresentante europeo del partito turco dei lavoratori. Alla conferenza stampa, anche questi ha definito il genocidio armeno una «menzogna internazionale», sostenendo che i massacri e le deportazioni commessi nei confronti del popolo armeno nel 1915 non costituivano un genocidio¹⁴⁶.

In merito al genocidio armeno, il tribunale di primo grado del Cantone di Zurigo aveva constatato un ampio consenso nella comunità, che trovava espressione nel suo riconoscimento politico da parte della Svizzera. Il genocidio degli armeni rappresentava un esempio «classico» nel diritto penale internazionale e non vi era alcun motivo di scostarsi da questi fatti. La corte aveva ritenuto soddisfatta anche la fattispecie soggettiva – l'intenzione – e condannato l'imputato.

Davanti al tribunale di secondo grado, l'imputato aveva sostenuto che gli eventi dell'epoca erano stati una carneficina reciproca, che la maggior parte delle persone era morta di malattia e fame e che non si trattava di un genocidio mirato come quello degli ebrei nella Germania nazista. La difesa si era appellata alla libertà di opinione e della scienza di cui agli articoli 16 e 20 Cost.

Nelle sue considerazioni, il tribunale aveva rimandato integralmente alle argomentazioni e ai passaggi citati dal tribunale di grado inferiore, che mostravano che gli eventi del 1915 costituivano inequivocabilmente un genocidio, motivo per cui nel processo penale non occorreva dimostrarlo né procedere all'assunzione di ulteriori prove. A parziale complemento, il tribunale di secondo grado aveva precisato che nella decisione del Tribunale federale concernente il caso Perinçek era stato stabilito chiaramente che in merito al genocidio degli armeni sussisteva un ampio consenso in seno alla comunità, che trovava espressione in dichiarazioni politiche e si fondava anche su un ampio consenso scientifico nel considerare gli eventi del 1915 un genocidio. In questa decisione, il Tribunale federale aveva stabilito che gli armeni erano un popolo, o perlomeno un'etnia, che s'identificava in particolare con la propria storia, contraddistinta dagli eventi del 1915. Di conseguenza, il disconoscimento del genocidio degli armeni costituiva una violazione della loro identità.

Anche nel caso zurighese, il Tribunale federale ha respinto il ricorso dell'imputato¹⁴⁷. Questa decisione è tuttavia stata emanata prima della sentenza Perinçek della Corte EDU. Da allora, il Tribunale federale è un po' più prudente nei casi riguardanti genocidi diversi dall'Olocausto.

La sentenza Perinçek della Corte EDU ha suscitato parecchie critiche¹⁴⁸. Non si capisce il motivo per cui si debba fare una distinzione tra i diversi genocidi, soprattutto

144 Cfr. www.amnesty.ch › Über Amnesty › Publikationen › Magazin «AMNESTY» › Europäische Menschenrechtskonvention › Die Schweiz will Klärung (consultato l'8 settembre 2020).

145 Sentenza (del Tribunale federale) 6F_6/2016 del 25 agosto 2016.

146 CFR 2009-001N.

147 CFR 2009-001N (sentenza (del Tribunale federale) 6B_297/2010 del 16 settembre 2010).

148 Cfr. p. es. lettera aperta dell'International Institute for Genocide and Human Rights Studies del 16 febbraio 2014, www.humanrights.ch › Informationsplattform › Rechtsprechung und Empfehlungen › Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte › Erläuterte Schweizer Fälle › Erstes EGMR-Urteil von 2013 zum Fall Perinçek gegen die Schweiz (consultato il 3.11.2020).

tra quelli riconosciuti dalla maggioranza di comunità internazionali. La sentenza della Corte EDU non significa tuttavia che l'articolo 261^{bis} CP violi la libertà di espressione di per sé. La sentenza non ha quindi alcun influsso sulla restante applicazione della norma penale¹⁴⁹. La sentenza Perinçek è quanto meno servita alla GRA nel caso menzionato al capitolo 4.1.5: se addirittura il disconoscimento di un genocidio è tutelato dalla libertà di espressione, allora lo è sicuramente anche l'affermazione che il discorso di un membro dei Giovani UDC è «razzismo verbale».

4.5.5 Disconoscimento del massacro di Srebrenica

In una sentenza più recente del Tribunale federale sul disconoscimento degli eventi di Srebrenica, l'imputato è stato assolto, poiché il suo testo non incitava alla violenza, all'odio o alla discriminazione né conteneva accuse nei confronti dei musulmani di Bosnia. Benché fosse indubbiamente irrispettoso e offensivo per le famiglie delle vittime, il loro ricordo e la comunità dei musulmani di Bosnia in generale, l'articolo non andava visto come una lesione della loro dignità tale da richiedere un intervento penale.

Il tribunale d'appello ticinese aveva dichiarato colpevole l'autore dell'articolo. Nel testo, l'uomo aveva disconosciuto il genocidio di Srebrenica definendolo una menzogna propagandistica. Il Tribunale federale ha stabilito che, malgrado la presenza in linea di principio degli estremi della fattispecie oggettiva dell'articolo 261^{bis} capoverso 4 CP, l'intenzione discriminatoria dell'autore non poteva essere dimostrata in modo conclusivo e la causa avrebbe dovuto essere rinviata al tribunale di grado inferiore per un nuovo giudizio. Il Tribunale federale vi ha però rinunciato perché a suo avviso nella condanna da parte del tribunale d'appello è stato violato il diritto dell'autore di esprimere liberamente la propria opinione. Basandosi sulla giurisprudenza relativa al caso Perinçek, ha ribadito che l'espressione delle proprie opinioni su questioni d'interesse generale merita la massima tutela. Il testo riguardava la storia recente ed era, in linea di principio, d'interesse pubblico. Date le circostanze, in una società democratica non si poteva ritenere necessaria una condanna – il che non andava tuttavia letto come una legittimazione del contenuto dell'articolo¹⁵⁰.

4.5.6 Disparità di trattamento tra i genocidi

È interessante e al tempo stesso sorprendente vedere come l'Olocausto sia trattato diversamente, sul piano giuridico, rispetto agli altri genocidi. Sia l'Olocausto sia il genocidio armeno e il massacro di Srebrenica sono riconosciuti come genocidi a livello internazionale e in Svizzera, ma solo in caso di disconoscimento dell'Olocausto sono automaticamente presunti motivi razziali e un discredito delle persone appartenenti all'etnia delle vittime. La giurisprudenza ammette questo automatismo, ad esempio considerando sempre la cosiddetta «menzogna di Auschwitz», ossia il fatto di mettere in dubbio i campi di concentramento e/o le camere a gas, una violazione dell'articolo 261^{bis} CP. Chi contesta l'esistenza delle camere a gas per lo sterminio di massa degli ebrei da parte del regime nazionalsocialista esprime, perlomeno implicitamente, l'opinione che questo regime non fosse peggiore di altri, che in realtà siano state uccise molto meno persone di quanto

149 Cfr. parere della CFR www.ekr.admin.ch › Attualità › Pareri › 2015 (consultato il 3.11.2020); cfr. anche humanrights.ch: www.humanrights.ch › Plateforme d'information › Jurisprudence et recommandations › Cour européenne des droits de l'homme › Cas suisses expliqués › Affaire Perinçek: la grande chambre à Strasbourg fait prévaloir la liberté d'expression (consultato il 3.11.2020).
150 CFR 2018-039N (DTF 145 IV 23 consid. 5.4.5).

non si presuma generalmente e che le camere a gas siano un'invenzione da cui oggi vogliono trarre profitto anche gli stessi ebrei¹⁵¹.

Per gli altri due genocidi, invece, non è ipotizzato automaticamente un movente razzista e il disconoscimento non è equiparato direttamente a una lesione della dignità delle persone appartenenti all'etnia in questione. Nella sentenza sugli eventi di Srebrenica, il Tribunale federale ha inoltre chiesto che tra i moventi figurino anche l'incitamento all'odio, il che non costituisce tuttavia una condizione della fattispecie di cui all'articolo 261^{bis} capoverso 4 seconda parte CP. La prudenza del Tribunale federale e la disparità di trattamento tra i diversi genocidi potrebbero trovare una spiegazione nella sentenza Perinçek della Corte EDU.

È interessante anche il fatto che, nella sentenza sul disconoscimento del massacro di Srebrenica menzionata sopra, il Tribunale federale non abbia discusso se Srebrenica debba essere considerato un genocidio o meno. Nel 2001, nella sentenza contro Radislav Krstić il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia aveva definito gli eventi di Srebrenica un genocidio¹⁵². Il Tribunale federale ha considerato unicamente il rapporto tra l'articolo 261^{bis} capoverso 4 CP e la libertà di espressione.

4.5.7 Nuova giurisprudenza sulla fattispecie soggettiva

L'articolo 261^{bis} capoverso 4 CP richiede, quale fattispecie soggettiva, un movente di discriminazione razziale. Nella dottrina prevalente, vi è tuttavia unanimità sul fatto che il disconoscimento del genocidio debba essere punito indipendentemente dalla motivazione. Recentemente, in merito alla necessità di un movente razzista il Tribunale federale ha stabilito che non è sufficiente «semplicemente» disconoscere o giustificare un genocidio¹⁵³. Per essere punibile, l'affermazione deve fondarsi su convinzioni razziste dell'autore. Alla sua base devono esserci odio o disprezzo nei confronti delle persone di una determinata «razza», etnia o religione. Secondo l'Alta Corte, il movente discriminatorio è praticamente intrinseco in caso di giustificazione di un genocidio, poiché questa comporta un'approvazione delle atrocità. In caso di disconoscimento o di minimizzazione non è invece così facile trarre questa conclusione. Occorre quindi considerare le circostanze di ogni singolo caso, anche se tali comportamenti lasciano ben poco spazio a motivi onorevoli.

4.6 La problematica dell'uso di simboli razzisti

4.6.1 Nessun divieto dei simboli razzisti

Non è sempre chiaro se e quando mostrare simboli in pubblico configuri la fattispecie del razzismo. A differenza della Germania, che li vieta, in Svizzera i simboli di estrema destra sono in linea di principio leciti e gli interventi parlamentari che ne chiedevano il divieto sono finora falliti (cfr. 4.6.4). L'articolo 261^{bis} CP punisce però la propagazione pubblica di ideologie intese a discreditare o calunniare sistematicamente le persone appartenenti a una «razza», etnia o religione. Per stabilirne la punibilità o meno occorre quindi valutare se e a partire da quando l'uso di simboli di estrema destra o di altri simboli che screditano le persone appartenenti a una

151 Sentenza (del Tribunale federale, Corte di Cassazione) 6S.420/1999 del 21 giugno 2000 consid. 3.b.bb; cfr. anche DTF 126 IV 20; DTF 126 IV 176; DTF 126 IV 230; sentenza 6S.698/2001 del 22 gennaio 2003 consid. 2.1 segg.

152 Sentenza del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia del 2 agosto 2001.

153 CFR 2019-021N (sentenza (del Tribunale federale) 6B_350/2019 del 29 maggio 2019 consid. 1.1 segg.).

«razza», etnia o religione possa essere equiparato alla propagazione della relativa ideologia. I ministeri pubblici e i tribunali sono giunti a risultati in parte divergenti.

4.6.2 Professione o propagazione?

Un'autorità di perseguimento penale del Cantone di Soletta ha ritenuto colpevole di propagazione pubblica di un'ideologia volta a discreditare sistematicamente l'ebraismo un uomo che nel 2016 aveva pubblicato sulla sua pagina Facebook simboli delle «SS combattenti», il nome e la firma di Heinrich Himmler, nonché l'aquila del Reich¹⁵⁴. Nel 2010 era giunto alla stessa conclusione un altro ministero pubblico solettese, che aveva visto nelle espressioni «aquila del Reich» e «croci uncinata» scritte a spray su edifici pubblici e privati e su cartelli stradali una propagazione pubblica dell'ideologia nazionalsocialista¹⁵⁵. Sono stati riconosciuti estremi di reato anche le croci uncinata e le cifre «88» disegnate sugli alberi con una bomboletta spray¹⁵⁶.

Un procedimento penale nel Cantone di Argovia contro varie persone che avevano issato una bandiera con la croce uncinata in un'area per grigliate pubblica è invece stato sospeso¹⁵⁷. Il ministero pubblico ha stabilito che appendere un'immagine di Hitler, disegnare una croce uncinata o fare il saluto nazista, ad esempio, devono essere considerati una professione dell'ideologia nazionalsocialista. Ha inoltre rilevato che la bandiera con la croce uncinata è un simbolo essenziale del nazionalsocialismo. Non vige tuttavia alcun divieto generale di esporre pubblicamente simboli di estrema destra, poiché ciò non costituisce ancora una propagazione di un'ideologia. A tal fine bisognerebbe rivolgersi al pubblico per influenzarlo e conquistarlo. La raffigurazione della croce uncinata, quindi, può essere punita solo se è utilizzata a scopi promozionali. In questo caso, gli imputati hanno issato la bandiera unicamente per professare le loro idee, non erano note altre attività.

Il ministero pubblico ha pertanto confermato una decisione già emanata qualche anno prima nel Cantone di Zurigo. In quell'occasione, durante una grigliata privata su un'area per grigliate pubblica un gruppo di giovani aveva esposto bandiere con la croce uncinata, riprodotto musica militare e costruito una croce uncinata con dei rami¹⁵⁸. Uno dei presenti aveva inoltre eseguito un presunto saluto nazista. In linea di principio, esporre bandiere, riprodurre musica e usare segni e gesti potrebbe essere atti penalmente rilevanti se contraddistinguono un'ideologia intesa a discreditare sistematicamente determinati gruppi, ha argomentato il ministero pubblico competente. Per i simboli del nazionalsocialismo è indubbiamente il caso. Anche questa autorità di perseguimento penale è tuttavia giunta alla conclusione che, nel caso specifico, mancasse l'elemento promozionale e di conseguenza non si trattasse della propagazione di un'ideologia ai sensi dell'articolo 261^{bis} capoverso 2 CP. Per essere considerato «propagazione» un atto o un'affermazione devono rivolgersi a un pubblico – formato da un numero determinato o indeterminato di persone – e perseguire lo scopo di trasmettergli un determinato contenuto, un fatto o una valutazione e, implicitamente, promuoverlo. A tal fine l'autore non deve solo volere o aspettarsi che il suo atto abbia un carattere pubblico, ma deve piuttosto rivolgersi al pubblico, cercando di influenzarlo e conquistarlo. La raffigurazione della croce uncinata, che deve essere considerata un simbolo importante

154 CFR 2016-021N.

155 CFR 2010-053N.

156 CFR 2015-025N.

157 CFR 2007-071N.

158 CFR 2001-008N.

del nazionalsocialismo, è punibile unicamente se è usata a scopi promozionali e non solo per professare le proprie idee. In questo caso, la croce uncinata fatta di rami era piantata nel suolo e pressoché invisibile, motivo per cui è stata considerata una semplice professione.

Il ministero pubblico ha inoltre ritenuto che il saluto nazista tra persone della stessa ideologia non costituisca una forma di propagazione di un'ideologia invisa, anche se eseguito pubblicamente, a maggior ragione quando non esiste alcuna prova che sia stato utilizzato dinanzi a terzi.

In un caso analogo verificatosi nel Cantone di Zurigo, nel quale in un'area per grigliate era stata disegnata la croce uncinata bruciando l'erba, appesa un'immagine di Adolf Hitler e abbandonate sul posto una T-shirt con la scritta «Heil Hitler» e un'aquila del Reich¹⁵⁹, secondo l'autorità di perseguimento penale v'erano gli estremi della fattispecie oggettiva di cui all'articolo 261^{bis} capoverso 2 CP: appendere un'immagine di Hitler in un luogo pubblicamente accessibile e molto frequentato da persone diverse costituiva obiettivamente una discriminazione razziale ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP, poiché propagava pubblicamente un'ideologia intesa a discreditare o calunniare sistematicamente le persone appartenenti a una «razza», etnia o religione.

Secondo l'autorità, la condizione della commissione pubblica è però soddisfatta solo se al termine della festa di compleanno l'immagine non è rimossa e di conseguenza l'ideologia nazista è rivolta a una cerchia più ampia di persone, non legate da rapporti personali. Se fossero stati organizzatori responsabili, gli accusati avrebbero dovuto rimuovere l'immagine al termine della festa. Siccome tuttavia mancava l'intenzionalità, due degli accusati sono stati assolti. I tre che avevano disegnato la croce uncinata sull'erba sono invece stati condannati.

Nel Cantone di Zurigo, ritenendo che non avesse propagato un'ideologia ai sensi dell'articolo 261^{bis} capoverso 2 CP, l'autorità di perseguimento penale ha sospeso un'indagine contro un imputato che aveva inviato una croce uncinata per SMS a una piattaforma chat di Teletext¹⁶⁰. Secondo l'autorità, raffigurare o portare un tale simbolo è punibile solo se accompagnato da altri atti o affermazioni razzisti – anch'essi in pubblico.

Nel 2007 un tribunale di secondo grado solettese ha assolto dall'accusa di discriminazione razziale un imputato, che aveva partecipato a Soletta a una manifestazione dell'organizzazione di destra «Helvetische Jugend» e poi pubblicato un resoconto sul giornale di un partito¹⁶¹. Il resoconto era illustrato da una fotografia della manifestazione, sulla quale era visibile il corteo di dimostranti con un grande striscione, in parte nascosto. Erano leggibili le lettere «WER R[...]ERT» «DEN AR[...]TER» e accanto era riconoscibile una stella di Davide gialla su una sfera blu. Il testo completo era indubbiamente «Wer regiert den Arbeiter» («Chi governa il lavoratore»), la stella gialla si riferiva a Israele o agli ebrei e la sfera blu simboleggiava il mondo. Lo striscione doveva esprimere l'opinione che gli ebrei governano il mondo e i lavoratori. Il tribunale cantonale ha sottolineato che un aspetto essenziale dell'articolo 261^{bis} capoverso 2 CP è l'intenzione di influenzare il pubblico. Secondo la corte, con l'invio della rivista a 70 destinatari la condizione

159 CFR 2001-036N.

160 CFR 2002-004N.

161 CFR 2006-059N;
cfr. anche CFR 2006-059N
(primo grado).

della pubblicità era indubbiamente soddisfatta. Bisognava però valutare l'elemento di «promozione», ossia di propagazione, a differenza della semplice professione. È determinante lo scopo perseguito dall'atto: l'autore deve rivolgersi alla cerchia di destinatari più ampia possibile nell'intento di influenzarla e conquistarla alle proprie idee. Nel testo, l'imputato aveva tuttavia giustificato la sua partecipazione alla manifestazione e addirittura presentato le sue scuse alla popolazione locale. A suo favore, il tribunale ha ritenuto che, pubblicando la fotografia, non avesse voluto propagare l'affermazione eventualmente razzista dello striscione.

Nel 2019 nel Cantone di Turgovia è stato condannato per propagazione di un'ideologia razzista un imputato che aveva postato sul suo profilo Facebook l'immagine di una croce uncinata disegnata con una salsa rossa su una pasta chiara posata su una teglia da forno e un video in cui era negato l'Olocausto¹⁶². Dal decreto d'accusa non emerge tuttavia chiaramente quale post corrispondesse a quale variante della fattispecie e se la fotografia della croce uncinata da sola sarebbe bastata per una condanna.

Come mostra la giurisprudenza analizzata non è sempre facile tracciare il confine tra professione lecita e propagazione illecita di un'ideologia discriminatoria. Le decisioni dei ministeri pubblici e dei tribunali non sono omogenee. Sicuramente svolgono però un ruolo importante nella distinzione tra il luogo di commissione e le persone presenti come pure il perseguimento attivo dello scopo di influenzare o conquistare alla propria causa persone al di fuori del gruppo che funge da comunità.

4.6.3 Il saluto nazista

Nel 2010 un imputato aveva partecipato a una manifestazione di partito sul Grütli¹⁶³. Durante la recita collettiva del giuramento del Grütli aveva alzato il braccio destro per circa 20 secondi facendo il «saluto nazista». Oltre ai circa 150 partecipanti e a un agente di polizia, in quel momento sul praticello del Grütli erano presenti anche alcune persone estranee che stavano facendo un'escursione o una passeggiata e hanno quindi potuto vedere la manifestazione. I tribunali di primo e secondo grado hanno condannato l'imputato per discriminazione razziale. Il Tribunale federale ha accolto il ricorso dell'imputato e rinviato la causa al tribunale di grado inferiore, che ha assolto l'imputato. L'Alta Corte ha considerato il «saluto nazista» un gesto del nazionalsocialismo, cioè di un'ideologia ai sensi dell'articolo 261^{bis} capoverso 2 CP, intesa a discreditare o calunniare sistematicamente le persone appartenenti a una «razza», etnia o religione. Il saluto è interpretato da terzi imparziali come professione, perlomeno parziale, del nazionalsocialismo. La professione pubblica di una determinata ideologia non costituisce però un reato ai sensi dell'articolo 261^{bis} capoverso 2 CP. Presupposto di un tale reato è piuttosto che l'ideologia sia «propagata», ossia «promossa» o «propaganda».

Secondo il Tribunale federale, la dottrina ritiene che il «saluto nazista» stesso possa rappresentare di per sé una propagazione promozionale, ma solo se la persona salutata non condivide l'ideologia nazionalsocialista. Se invece il gesto è compiuto tra persone della stessa opinione, non vi si può intravedere una «propagazione» ai sensi dell'articolo 261^{bis} capoverso 2 CP, neanche se ciò avviene in pubblico.

162 CFR 2019-011N.
163 CFR 2014-004N
(DTF 140 IV 102).

L'elemento dell'influsso promozionale indispensabile per giustificare la condizione della «propagazione» non è però presente automaticamente per il semplice fatto che il gesto sia rivolto a terzi. Anche in questo caso, il saluto può non andare oltre la professione dell'ideologia di discriminazione razziale che evoca. La professione della propria ideologia in pubblico ha infatti lo scopo che terzi ne prendano atto. Se il «saluto nazista» in pubblico in presenza di terzi costituisca, oggettivamente e soggettivamente, soltanto la professione della propria ideologia o una forma illecita di propaganda e quindi una propagazione dell'ideologia di discriminazione razziale che evoca dipende dalle circostanze concrete nel singolo caso.

Ecco un esempio del 2015: sentendosi provocato da un altro cliente e rendendosi conto che si trattava di uno straniero, un cliente di un ristorante aveva battuto i tacchi, alzato il braccio per fare il saluto nazista ed esclamato a più riprese «Heil Hitler». L'autorità di perseguimento penale competente del Cantone di Argovia ha ritenuto che fossero dati gli estremi della fattispecie di cui all'articolo 261^{bis} capoverso 2 CP¹⁶⁴. Qualche anno prima, in un caso analogo un altro ministero pubblico era giunto alla stessa conclusione¹⁶⁵.

Nel 2012 il tribunale di secondo grado del Cantone di Soletta ha condannato un imputato che il 1° agosto aveva sfilato per le vie della città alzando il braccio nel saluto nazista assieme ad alcune centinaia di persone della stessa ideologia¹⁶⁶. L'imputato era accusato anche di aver fatto più volte il saluto nazista e urlato slogan di estrema destra durante un controllo della polizia. Il tribunale cantonale ha precisato che alzare il braccio nel saluto nazista rappresenta un'infrazione all'articolo 261^{bis} CP se la persona salutata non condivide l'ideologia nazionalsocialista. In questo caso, il gesto è stato compiuto all'interno di gruppo di persone della stessa ideologia in marcia. È tuttavia dimostrato che la marcia era seguita da vari passanti e giornalisti e di conseguenza era pubblica. È evidente che i partecipanti alla marcia abbiano mostrato la loro ideologia agli spettatori cercando di convertirli. Gli slogan scanditi e i gesti, quindi, non solo erano scambiati tra i partecipanti alla marcia, ma anche rivolti agli spettatori – ossia al pubblico. Dal fatto che gli slogan e i gesti siano stati presentati pubblicamente il giorno della Festa nazionale, il tribunale cantonale ha inoltre dedotto che si trattasse di una propagazione promozionale del substrato ideologico dell'imputato. Anche la ripetizione del saluto nazista nei confronti della polizia in pubblico giustificava una punibilità secondo l'articolo 261^{bis} capoverso 2 CP.¹⁶⁷

In altri casi sono state condannate varie persone che avevano eseguito il saluto nazista e/o esclamato «Sieg Heil» nei confronti di terzi estranei che non condividevano la loro ideologia¹⁶⁸. Sono sfociati in condanne anche l'esecuzione del saluto nazista nei confronti di due persone di fede ebraica¹⁶⁹, nei confronti di persone dalla pelle scura¹⁷⁰ e davanti all'albergo in cui si teneva la commemorazione del 100° anniversario del congresso sionista¹⁷¹.

È degno di nota il fatto che prima della sentenza di principio sul saluto nazista pronunciata dal Tribunale federale nel 2014 era stato emanato un numero relativamente elevato di decisioni sulla stessa fattispecie, quasi tutte sfociate in una condanna. Negli anni successivi, l'unica condanna è stata quella pronunciata nel 2015 nel Cantone di Argovia nel caso menzionato sopra in cui il saluto nazista era

164 CFR 2015-002N.

165 CFR 2012-017N.

166 CFR 2012-004N.

167 In proposito cfr. anche

CFR 2012-001N.

168 CFR 2010-023N;

CFR 2009-046N;

CFR 2009-025N;

CFR 2009-014N;

CFR 2009-011N;

CFR 2008-026N;

CFR 2007-024N;

CFR 2004-052N.

169 CFR 1998-008N.

170 CFR 2010-054N.

171 CFR 1998-010N.

stato rivolto a una determinata persona. Ciò dimostra che, prima della decisione di principio del Tribunale federale, se erano presenti estranei le autorità di perseguimento penale e i tribunali consideravano in genere il saluto nazista in pubblico una propagazione di un'ideologia ai sensi dell'articolo 261^{bis} capoverso 2 CP, anche se non era rivolto a una determinata persona. In seguito non è più stata emanata alcuna decisione di questo tenore: è quindi presumibile che la prassi sia stata modificata in linea con la decisione del Tribunale federale.

4.6.4 Introduzione di un divieto dei simboli razzisti?

Nel 2009 il Parlamento ha discusso l'introduzione di un articolo 261ter CP concernente i simboli razzisti. La proposta prevedeva di punire con la multa chiunque utilizza o diffonde pubblicamente simboli razzisti, in particolare simboli del nazionalsocialismo oppure loro varianti, quali bandiere, distintivi, insegne, slogan o forme di saluto, oppure oggetti che raffigurano o comprendono tali simboli o loro varianti, quali scritti, registrazioni sonore e visive o immagini. Il Consiglio federale ha raccomandato di rinunciare a vietare l'utilizzazione in pubblico di simboli che esaltano i movimenti estremisti istigando alla violenza e alla discriminazione razziale¹⁷². Il Consiglio nazionale e il Consiglio degli Stati hanno seguito questa raccomandazione. Uno degli argomenti probabilmente più convincenti contro il divieto era che sarebbe stato difficile stilare un elenco esaustivo dei simboli vietati.

La discussione su un tale divieto ha ripreso vigore dopo che nel 2019 durante il carnevale di Svitto più persone si sono travestite da membri del Ku Klux Klan. In Parlamento è stata depositata una mozione che chiede che venga punito l'utilizzo in pubblico di mezzi di propaganda, in particolare del nazionalsocialismo o di associazioni intese a discreditare o calunniare sistematicamente gli appartenenti a una «razza», etnia o religione¹⁷³. Non resta che vedere come decideranno questa volta le Camere.

5. Conclusione

Benché sia criticato sin dalla sua introduzione, l'articolo 261^{bis} CP si è radicato nella nostra società. Il recente, netto accoglimento della sua estensione mostra che la popolazione lo ritiene importante e necessario nella lotta contro il razzismo e la discriminazione.

Nella giurisprudenza degli ultimi 25 anni la norma penale contro il razzismo si è rivelata ben applicabile e non ha portato a una sostanziale incertezza del diritto, come in parte eccepito dagli oppositori. In diversi ambiti, illustrati nella presente analisi, la giurisprudenza si è modificata ed evoluta. Non si constatano tuttavia differenze fondamentali rispetto al risultato dell'ultima analisi, svolta dalla CFR nel 2007. Su alcuni punti dell'applicazione emergono tuttavia ancora incertezze e divergenze tra le autorità giudiziarie. Urge un chiarimento soprattutto in merito alle caratteristiche della discriminazione menzionate all'articolo 261^{bis} CP. Anche il trasferimento degli atti razzisti dallo spazio fisico a quello virtuale pone i tribunali di fronte a nuovi interrogativi e nuove sfide.

Conflittualità con la libertà di espressione

Gli oppositori affermano regolarmente che la norma penale contro il razzismo limita eccessivamente la libertà di espressione. L'analisi della giurisprudenza mostra tuttavia che non è così. Da un lato il diritto di esprimere liberamente la propria opinione non è illimitato e non comprende il diritto a affermazioni razziste lesive della dignità umana. Non occorre quindi valutare la libertà di espressione quando un'affermazione lede manifestamente la dignità umana. È questa la linea seguita anche dal Tribunale federale nella giurisprudenza più recente. D'altro canto, in una democrazia la giurisprudenza tiene però anche conto dell'importanza della libertà di espressione, che infatti non di rado trova spazio nelle considerazioni dei tribunali. Anche la Corte EDU riserva sempre grande importanza alla libertà di espressione, soprattutto nel dibattito politico e scientifico.

Internet e social media

Negli ultimi 25 anni le affermazioni razziste e i discorsi d'odio in Internet sono aumentati notevolmente. Internet offre uno spazio infinito per affermazioni e atti discriminatori e molte possibilità di restare anonimi, purtroppo molto sfruttate. La frequenza varia a seconda degli eventi politici o sociali. Le affermazioni discriminatorie sono diffuse in vari social media, nonché in siti web «normali». La presente analisi mostra che la giurisprudenza è adattabile, una condizione indispensabile di fronte al rapido progresso tecnologico. Vi è una sostanziale unanimità sul fatto che la maggior parte delle piattaforme Internet e dei siti web è pubblica ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP. Ciò vale ad esempio anche per i gruppi chiusi su Facebook o WhatsApp, nei quali non vi è un «legame personale stretto» tra i membri. Vi sono tuttavia interrogativi che devono ancora essere chiariti più precisamente. Non è ad

esempio ancora possibile stabilire chiaramente fino a dove arriva la responsabilità del fornitore di servizi Internet. Non sembra esserci ancora una soluzione definitiva nemmeno in relazione alla cancellazione di post o all'inserimento di «like». Una particolare sfida è rappresentata dal principio di territorialità, ossia dal campo d'applicazione territoriale del diritto penale svizzero. Il CP si applica infatti solo alle persone che commettono un atto in Svizzera (art. 3 CP). È vero che esistono deroghe al principio di territorialità, ad esempio secondo l'articolo 7 CP quando l'atto è punibile anche nel luogo in cui è stato commesso o l'imputato torna in Svizzera dopo averlo commesso. Se però non è prevista alcuna deroga, l'atto può essere punito in Svizzera solo se il luogo dell'evento si trova in Svizzera. Essendo però cosiddetti reati di messa in pericolo astratta, di per sé la discriminazione razziale e i delitti contro l'onore non hanno un luogo dell'evento. Ciò porta a una situazione insoddisfacente, in cui numerose affermazioni razziste in Internet non possono essere perseguite penalmente, anche se i loro contenuti sono accessibili dalla Svizzera¹⁷⁴.

«Razza» ed etnia

Per quanto riguarda gli oggetti tutelati dall'articolo 261^{bis} CP, i termini «razza» ed etnia consentono un certo margine d'interpretazione che la giurisprudenza sfrutta in parte in maniera disomogenea. In relazione al termine «razza» bisogna chiedersi fino a che punto si possa adottare questo costrutto, di per sé razzista. I tribunali e le autorità di perseguimento penale non seguono sempre la stessa linea. Mentre alcuni prendono chiaramente le distanze dal termine, altri non esitano ad applicarlo a determinati gruppi di persone. Il termine è utilizzato soprattutto quando un gruppo presenta determinate caratteristiche esteriori non contemplate dall'etnia. Tutte le autorità giudiziarie si attengono comunque alla concezione sociologica del termine quale costrutto sociale proposta dal Consiglio federale. Tuttavia, per le autorità giudiziarie ciò che conta non è tanto la definizione del termine quanto la motivazione razzista dell'atto (soggettività anziché oggettività).

Quanto all'etnia a mettere in difficoltà i tribunali e le autorità di perseguimento penale non è il termine in sé, bensì tutto ciò che si può intendere per etnia. Secondo la dottrina si tratta di un gruppo che condivide la stessa lingua, le stesse usanze, tradizioni, abitudini ecc. e che si vede o è visto dagli altri quale gruppo distinto. La nazionalità non coincide con l'etnia, anche se vi sono certe sovrapposizioni. Benché non si possa parlare di omogeneità, nella giurisprudenza si delinea la tendenza ad equiparare sempre più spesso nazionalità ed etnia. Gli svizzeri costituiscono un'etnia? Le risposte dei tribunali a questa domanda divergono. Per le autorità giudiziarie, le cose si complicano quando si utilizzano termini collettivi per varie etnie, ad esempio «stranieri» o «richiedenti l'asilo». I tribunali non decidono uniformemente. Secondo la dottrina non è però possibile che un atto resti impunito solo perché si riferisce contemporaneamente a più etnie anziché menzionarle singolarmente.

174 La Svizzera ha firmato il Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofoba commessi a mezzo di sistemi informatici, ma non l'ha ancora ratificato.

Disconoscimento del genocidio

Pur non rientrando tra le varianti più frequenti della fattispecie di cui all'articolo 261^{bis} CP, il disconoscimento del genocidio va esaminato più da vicino, dal momento che si riferisce a fatti storici terribili, che in parte rappresentano uno degli elementi fondamentali del razzismo. La tendenza della giurisprudenza a non trattare tutti i genocidi allo stesso modo e a non dare a tutti lo stesso rilievo solleva interrogativi. Non sembra giustificato dare maggior peso alla libertà di espressione e della scienza in caso di affermazioni riguardanti il genocidio armeno che non in caso di affermazioni riguardanti l'Olocausto. Quest'evoluzione della giurisprudenza svizzera è da ricondurre alla sentenza Perinçek della Corte EDU, che ha condannato la Svizzera per violazione della libertà di espressione di una persona che aveva disconosciuto il genocidio armeno. È comprensibile che la Svizzera voglia evitare una nuova condanna da parte della Corte EDU. La disparità di trattamento tra i vari genocidi riconosciuti dal Consiglio federale e dalla maggioranza della comunità internazionale è tuttavia urtante. Per poter prendere in considerazione la libertà di espressione in questi casi, il Tribunale federale ha identificato nella pace pubblica il bene giuridico tutelato dall'articolo 261^{bis} capoverso 4 seconda parte CP. Nella dottrina questa posizione è tuttavia contestata. Se si riconoscesse quale bene giuridico soltanto la dignità umana, a rigor di logica non la si potrebbe contrapporre alla libertà di espressione, essendo considerata l'essenza intangibile di tutti i diritti fondamentali.

Simboli e gesti razzisti

Non è sempre facile tracciare il confine tra propagazione illecita e professione lecita di una determinata ideologia. La giurisprudenza non segue una linea univoca. Sia per i simboli che per i gesti razzisti, il fatto di portare il simbolo o eseguire il gesto non è in sé punibile. Affinché siano presenti gli estremi della fattispecie di cui all'articolo 261^{bis} CP, il simbolo o il gesto devono servire a propagare un'ideologia razzista. Pur potendo sembrare a prima vista ragionevole, il divieto totale dei simboli razzisti comporterebbe delle difficoltà, già soltanto all'atto di stabilire quali simboli vietare e quali no. Non resta che vedere quale strada imbroccherà il Parlamento in materia.

