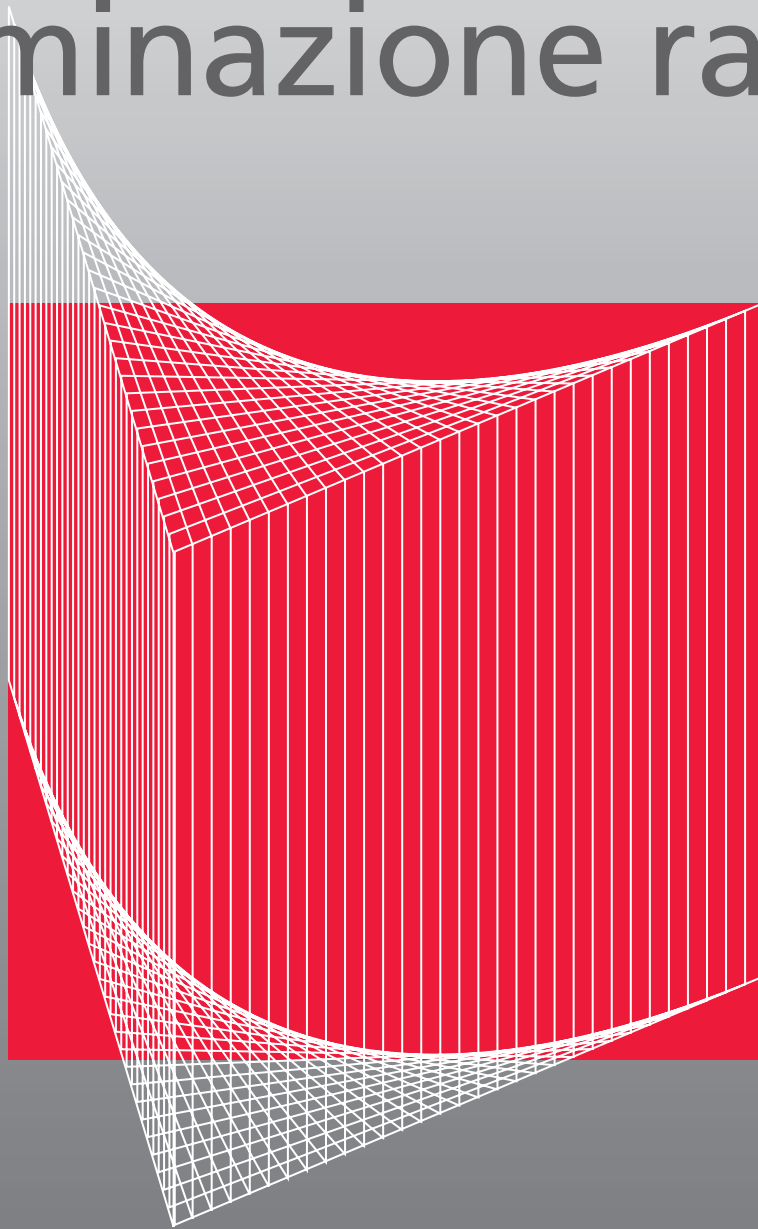


L'applicazione della norma penale contro la discriminazione razziale



Analisi delle
decisioni
vertenti sull'
articolo 261^{bis} CP
(1995 - 2004)

Fabienne Zanol
in collaborazione
con Gabriella Tau
e Sabine Kreienbühl

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

Berna 2007

ek_J
cf_J

*Le decisioni e sentenze analizzate nel presente studio sono riportate nella **raccolta delle sentenze** della Commissione federale contro il razzismo (CFR), consultabile in internet all'indirizzo www.ekr-cfr.ch.*

L'applicazione della norma penale contro la discriminazione razziale

Analisi delle decisioni vertenti sull'articolo 261^{bis} CP (1995 - 2004)

Fabienne Zanol

in collaborazione con Gabriella Tau e Sabine Kreienbühl

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

Berna 2007

L'applicazione della norma penale contro la discriminazione razziale

**Analisi delle decisioni vertenti sull'articolo 261^{bis} CP
(1995 - 2004)**

Fabienne Zanol

in collaborazione con Gabriella Tau e Sabine Kreienbühl

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

© EKR/CFR 2007

Editore Commissione federale contro il razzismo (CFR)

Redazione Gioia Weber, Emmanuelle Houlmann

Veste grafica Monica Kummer

Traduzione Servizio linguistico italiano SG-DFI

Scaricabile da internet all'indirizzo
<http://www.ekr-cfr.ch/ekr/dokumentation>

Indirizzo per ordinare la versione stampata
Segreteria CFR, SG-DFI
3003 Berna
ekr-cfr@gs-edi.admin.ch

Indice

Prefazione	7	
1	Introduzione	8
	Quadro statistico	8
2	Bene giuridico protetto	13
3	L'articolo 261 ^{bis} CP viola la libertà di espressione?	14
4	Oggetto protetto dall'articolo 261 ^{bis} CP	15
	4.1 «Razza»	15
	4.2 Etnia	15
	4.3 Religione	16
	4.4 Stranieri e richiedenti l'asilo	17
	4.5 Sottogruppi	18
	4.6 Gruppi non protetti	19
5	Carattere pubblico	21
6	Singole fattispecie	22
	6.1 Incitare all'odio o alla discriminazione (comma 1)	22
	6.2 Propagare ideologie (comma 2)	23
	6.3 Organizzare, incoraggiare o partecipare ad azioni di propaganda (comma 3)	25
	6.4 Discreditare o discriminare in modo lesivo la dignità umana (prima metà del comma 4)	26
	6.5 Disconoscere o minimizzare il genocidio o altri crimini contro l'umanità (seconda metà del comma 4)	28
	6.6 Rifiuto di fornire un servizio (comma 5)	30
7	Fattispecie soggettiva	31
8	Partecipazione al procedimento penale e legittimazione a ricorrere	32
9	Excursus - applicabilità dell'articolo 27 CP (punibilità dei mass media) all'articolo 261 ^{bis} CP	34
10	Conclusioni	37
	Bibliografia	39

Art. 261^{bis} CP¹

Discriminazione razziale

comma 1) Chiunque incita pubblicamente all'odio o alla discriminazione contro una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione;

comma 2) chiunque propaga pubblicamente un'ideologia intesa a discreditarlo o calunniare sistematicamente i membri di una razza, etnia o religione;

comma 3) chiunque, nel medesimo intento, organizza o incoraggia azioni di propaganda o vi partecipa;

comma 4 prima metà) 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 o religione

comma 4 seconda metà) o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità;

comma 5) chiunque rifiuta ad una persona o a un gruppo di persone, per la loro razza, etnia o religione, 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 Introdotta dall'articolo 1 della LF del 18 luglio 1993, in vigore dal 1° gennaio 1995 (RU **1994** 2887 2888; FF **1992** III 217).

Prefazione

È sempre più ampiamente accettata l'idea secondo cui la discriminazione razziale debba essere punita. Se alla votazione popolare del 25 settembre 1994 un timido 55 per cento si era dichiarato favorevole all'introduzione della norma penale contro la discriminazione razziale, cinque anni dopo – nell'ambito di un sondaggio condotto dalla *Società svizzera di ricerche sociali pratiche GfS* – il 69 per cento degli intervistati si è detto favorevole all'articolo 261^{bis} CP. A rafforzare il consenso sulla norma penale non contribuiscono soltanto i sostenitori, ma paradossalmente anche gli oppositori che, spesso cadendo nell'eccesso, la definiscono una «legge bavaglio» che limita la libertà di espressione. Le implicazioni intrinseche di una norma sono determinate per lo più dalla giurisprudenza. Ed è proprio quando comincia ad istaurarsi una nuova prassi giudiziaria che i cittadini, le autorità, ma anche gli organi d'informazione e gli attori politici sono particolarmente interessati a sapere come sono stati giudicati i fatti denunciati e accertati.

La Commissione federale contro il razzismo (CFR), istituita nel 1995 dal Consiglio federale in concomitanza con l'entrata in vigore della norma penale, ha il compito di tematizzare e analizzare la problematica del razzismo. Nell'ambito del suo mandato è tenuta a presentare un rendiconto di facile comprensione per la società civile sulla giurisprudenza in materia di discriminazione razziale. Il presente studio, che passa in rassegna le 277 decisioni e sentenze pronunciate nei primi dieci anni dall'introduzione dell'articolo penale, si è rivelata un'impresa molto complessa e costituisce oggi il progetto più vasto mai condotto dalla CFR. Si sono infatti dovute recensire le sentenze emesse in tutti i Cantoni e seguirne l'iter attraverso le istanze, garantire la protezione della personalità e sintetizzare fattispecie complesse, formulate in un gergo giuridico, in un linguaggio comprensibile anche ai non addetti. Inoltre, nell'intento di meglio rispondere ai vari interessi di natura giuridica, politica o sociologica degli utenti, sono state definite parole chiave per tutte le decisioni e sentenze. La raccolta delle decisioni e sentenze messe a disposizione della CFR dall'Ufficio federale di polizia con il consenso di tutti i Cantoni è ora disponibile sotto forma di banca dati per il periodo 1995-2004 e sarà regolarmente completata con le decisioni e sentenze pronunciate negli anni successivi.

Nel presente studio, Fabienne Zanol commenta e analizza l'applicazione dell'articolo 261^{bis} CP da parte delle istanze giudiziarie. Il testo è stato redatto in collaborazione con Gabriella Tau e Sabine Kreienbühl ed è disponibile in tedesco, francese e italiano. Convinta che questo documento costituisca un valido strumento per gli specialisti e per chi si interessa all'argomento, la CFR ringrazia sentitamente le autrici dello studio e tutte le persone che hanno partecipato alla realizzazione della banca dati.

Prof. Georg Kreis, presidente della CFR

1 Introduzione

Gli Stati parte alla Convenzione internazionale del 21 dicembre 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (ICERD)² sono tenuti a perseguire, con tutti i mezzi adeguati, una politica tendente a eliminare ogni forma di discriminazione razziale e a punire atti che ledono la parità di diritto di tutte le «razze», etnie e religioni.³

Dopo il sì popolare (54,7 %) alla norma penale contro la discriminazione razziale (art. 261bis CP), posta in votazione il 25 settembre 1994, la Svizzera ha aderito alla Convenzione il 29 dicembre 1994. L'articolo 261bis CP è entrato in vigore il 1° gennaio 1995.

Con decreto del Consiglio federale del 23 agosto 1995 è stata istituita la Commissione federale contro il razzismo (CFR), il cui mandato prevede tra l'altro l'analisi della discriminazione razziale in un'ottica etica e scientifica. In conformità a questo mandato, la CFR recensisce e analizza la giurisprudenza vertente sull'articolo 261bis CP.

D'intesa con i tribunali d'appello cantonali, l'Ufficio federale di polizia (fedpol) trasmette in forma anonimizzata alla CFR tutte le decisioni e sentenze relative all'articolo 261bis CP passate in giudicato per documentare la prassi giudiziaria. La CFR elabora sintesi completamente anonime delle decisioni e sentenze, assegna loro parole chiave e le rende accessibili al pubblico attraverso la sua banca dati consultabile in internet.⁴ Il presente studio è basato sulle decisioni e sentenze emanate negli anni tra il 1995 e il 2004 e recensite nella banca dati della CFR.

Quadro statistico

La CFR ha recensito 277 denunce (casi) alle autorità preposte tra il 1995 e il 2004.

In quasi la metà dei casi le autorità inquirenti hanno deciso, dopo un esame sommario dei fatti, il non luogo a procedere, l'abbandono del procedimento o la non entrata nel merito (cfr. tabella 1a).

² RS 0.104; RU 1995 1164; FF 1992 217.

³ Articolo 2 lettera a della Convenzione.

⁴ La banca dati è disponibile sul sito internet della CFR all'indirizzo www.ekr-cfr.ch.

Tabella 1a – Casi decisi

Casi decisi	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	Tot.	%
Liquidazione del caso senza apertura di un procedimento penale (decreto d'abbandono, non entrata nel merito ecc.)	3	10	7	18	17	20	14	13	16	18	136	49
Sentenze passate in giudicato	1	5	14	16	20	20	19	15	12	19	141	51
Totale	4	15	21	34	36	40	33	27	29	36	275	100

Nella restante metà dei casi si è entrati nel merito della denuncia giungendo a una sentenza passata in giudicato (cfr. tabella 1b). In 27 casi (circa il 19 % delle sentenze) le autorità giudiziarie hanno assolto gli imputati dall'accusa di discriminazione razziale, in 114 casi (circa l'81 % delle sentenze) gli imputati sono stati condannati.

Tabella 1b – Sentenze passate in giudicato

Sentenze passate in giudicato	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	Tot.	%
Assoluzioni	0	1	3	4	3	2	3	5	2	4	27	19.2
Condanne (sentenze di condanna / decreti d'accusa)	1	4	11	12	17	18	16	10	10	15	114	80.8
Totale	1	5	14	16	20	20	19	15	12	19	141	100

Le decisioni o le sentenze sono state pronunciate da autorità preposte al perseguimento penale o dalle diverse istanze giudiziarie; in alcuni casi è stato interposto ricorso all'autorità giudiziaria successiva. Sino alla fine del 2004 la CFR ha recensito 77 decisioni o sentenze pronunciate dalle diverse istanze giudiziarie⁵. 27 di questi 77 casi sono stati trattati dal Tribunale federale.⁶ Inoltre, la CFR ha recensito sei sentenze non pronunciate in base all'articolo 261bis CP, ma che riguardano casi strettamente correlati alla problematica del razzismo o della discriminazione razziale.

Autori: Il 13 per cento delle denunce concernono esponenti dell'estrema destra (neonazisti e skinhead, cfr. tabella 2). Il 10 per cento delle persone inquisite è attivo nel settore terziario. Per gli altri gruppi non emergono tendenze generalizzabili.

⁵ L'istanza di ricorso è autorizzata a riesaminare la decisione dell'istanza precedente.

⁶ Rientrano in questa categoria sia i ricorsi per cassazione, sia i ricorsi di diritto pubblico al Tribunale federale.

Tabella 2 – Quadro statistico sui gruppi di autori

Gruppi di autori	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	Totale	%
Impiegati del settore pubblico	1	3	1	1	0	1	0	2	1	1	11	3.9
Persone politiche	0	2	0	1	1	1	1	0	2	2	10	3.5
Giornalisti / Editori	1	2	4	5	4	2	1	0	0	0	19	6.6
Collettività	0	0	3	0	0	2	2	0	4	4	15	5.2
Impiegati del settore terziario	0	0	2	4	8	3	3	1	2	3	26	9.1
Persone private	1	8	9	13	13	16	9	9	9	17	104	36.4
Estremisti di destra	0	0	4	5	4	3	7	2	4	7	36	12.6
Giovani	1	0	1	1	1	1	5	1	3	1	15	5.2
Ignoti	0	0	2	1	3	2	0	2	0	1	11	3.9
Nessuna indicazione	0	4	0	4	4	4	7	4	7	5	39	13.6
Totale	4	19	26	35	38	35	35	21	32	41	286	100

Come si può vedere dal quadro statistico sui gruppi di *vittime* (cfr. tabella 3), il 26 per cento delle decisioni riguarda atti di discriminazione razziale nei confronti di appartenenti alla comunità religiosa ebraica. L'elevato numero di aggressioni contro queste persone non può semplicemente essere ricondotto all'attività di qualche revisionista molto «solerte», ma è espressione delle molteplici forme che il razzismo assume nella vita quotidiana.

Altri gruppi particolarmente colpiti sono gli stranieri (20 %), le persone di pelle scura (quasi il 14 %) e i richiedenti l'asilo (5 %). Le decisioni concernenti aggressioni contro musulmani e persone originarie di Paesi arabi sono piuttosto rare, costituiscono solo il 3 per cento. Non è ancora possibile rilevare se a seguito dei fatti dell'11 settembre 2001 è in atto una tendenza significativa alla crescita.

Le cifre riportate vanno comunque relativizzate poiché sono presi in considerazione unicamente gli atti di discriminazione razziale per i quali è stata depositata una denuncia penale. Nel 26 per cento circa dei casi recensiti non vengono inoltre fornite indicazioni sulle vittime.

Tabella 3 – Quadro statistico sui gruppi di vittime

Gruppi di vittime	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	Totale	%
Ebrei	0	5	17	14	11	7	5	2	7	9	77	25.9
Musulmani	0	0	0	1	0	1	2	2	2	1	9	3.1
Appartenenti ad altre comunità religiose	1	0	0	0	0	0	1	0	0	0	2	0.7
Neri / Persone di pelle scura	0	0	2	10	8	8	2	1	4	8	43	14.5
Nomadi / Zingari	0	1	0	0	1	2	0	0	1	0	5	1.7
Stranieri / Altri gruppi etnici	2	8	2	6	11	4	7	7	5	7	59	19.8
Richiedenti l'asilo	0	0	2	1	5	4	0	0	1	1	14	4.7
Appartenenti alla maggioranza / Bianchi	0	0	0	1	1	2	0	0	1	0	5	1.7
Altri gruppi di persone	0	0	0	0	0	1	1	0	1	3	6	2.0
Nessuna indicazione	1	4	3	5	9	9	16	9	8	13	77	25.9
Totale	4	18	26	38	46	38	34	21	30	42	297	100

La statistica sui *mezzi utilizzati* (cfr. tabella 4) evidenzia chiaramente che gli atti di discriminazione razziale più frequenti sono le ingiurie verbali (26 % circa) o scritte (30 %) ⁷, seguite dalla propagazione di materiale razzista (10 % circa). Molto meno ricorrenti (3 % dei casi) sono le vie di fatto, i gesti e il rifiuto di fornire un servizio (art. 261bis, comma 5 CP). ⁸

Dal 1999 sono stati trattati anche casi discriminazione razziale commessi con l'impiego di strumenti elettronici (costituiscono già il 7 % delle sentenze giudiziarie). Vista la sempre maggiore rilevanza di internet, questa percentuale è destinata a aumentare nel corso dei prossimi anni. Dall'entrata in vigore della norma penale è rimasta invece costante la frequenza (7 % dei casi) degli atti di discriminazione razziale compiuti con gli strumenti d'informazione «classici» (articoli di giornali, trasmissioni televisive ecc.).

⁷ Si veda il capitolo 6.4.

⁸ Si veda il capitolo 6.6.

Tabella 4 – Quadro statistico sui mezzi utilizzati

Mezzi utilizzati	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	Totale	%
Parole	0	5	4	18	11	14	6	6	7	17	88	26.4
Scritti	3	6	13	10	12	12	10	7	14	11	98	29.5
Comunicazione elettronica	0	0	0	0	2	3	2	6	8	3	24	7.2
Documenti sonori / Immagini	0	2	1	0	0	0	4	0	1	3	11	3.3
Vie di fatto	0	1	0	2	0	3	0	1	0	3	10	3.0
Gesti	0	0	1	3	1	0	1	1	2	2	11	3.3
Rifiuto di fornire un servizio	0	0	0	1	4	1	1	0	1	3	11	3.3
Propagazione di materiale razzista	0	1	7	5	6	5	3	0	2	1	30	9,0
Altri mezzi	2	0	0	1	1	0	2	2	2	1	11	3.3
Nessuna indicazione	0	4	1	2	7	4	6	7	4	4	39	11.7
Totale	5	19	27	42	44	42	35	30	41	48	333	100

2 Bene giuridico protetto

Nel messaggio del 1992, il Consiglio federale partiva dal presupposto che la discriminazione razziale rappresentasse in primo luogo «una minaccia alla tranquillità pubblica», anche se «è vero che, concretamente, l'autore offende sempre la dignità degli individui del gruppo leso.»⁹ Nella sua prima decisione¹⁰ vertente sulla norma penale contro la discriminazione razziale, il Tribunale federale ha invece stabilito che la pace pubblica è protetta solo indirettamente dall'articolo 261bis CP, mediante la protezione del singolo in quanto membro di un gruppo etnico o religioso. In seguito il Tribunale federale si è attenuto a questa prassi¹¹, analizzando comunque in ogni caso la minaccia potenziale dell'atto da giudicare per la pace pubblica.¹²

In una decisione successiva, il Tribunale federale si è però scostato dal principio generalmente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, secondo cui la norma penale contro la discriminazione razziale dovesse proteggere in primo luogo la dignità umana e solo in via accessoria la pace pubblica¹³: secondo l'istanza giudiziaria, la dignità umana è un bene giuridico protetto solo dal comma 1 (incitazione all'odio e alla discriminazione) e dalla prima metà del comma 4 (discredito della dignità umana) dell'articolo 261bis CP, mentre la variante di fattispecie ai sensi dell'articolo 261bis, seconda metà del comma 4 CP (disconoscimento o minimizzazione del genocidio o di altri crimini contro l'umanità) costituisce un reato contro la pace pubblica. Quest'ultima sarebbe protetta direttamente, mentre i beni giuridici individuali (dignità umana) lo sarebbero solo in via indiretta.

Questa definizione del bene giuridico in riferimento all'articolo 261bis seconda metà del comma 4 CP ha conseguenze di ampia portata nella prassi giudiziaria.¹⁴

Sino alla fine del 2004 il Tribunale federale non si è pronunciato sul bene giuridico protetto in primis dal comma 2 (propagazione di ideologie), dal comma 3 (organizzazione e incoraggiamento di azioni di propaganda o partecipazione alle stesse) e dal comma 5 (rifiuto di fornire un servizio).

⁹ Messaggio del 1992, cap. 632.

¹⁰ Cfr. decisione 1997-26, banca dati CFR; cfr. anche DTF 123 IV 202.

¹¹ Cfr. decisioni 1998-13 (DTF 124 IV 121 consid. 2c, pag. 125) e 1999-39 (DTF 126 IV 20 consid. 1c, pag. 24), banca dati CFR.

¹² Cfr. p.es. decisione 1998-13 (DTF 124 IV 121 consid. 2c, pag. 125 seg.), banca dati CFR: «L'infraction prévue par l'art. 261^{bis} CP, qui est conçu en première ligne pour protéger la dignité humaine, est classée parmi les infractions contre la paix publique (ATF 123 IV 202 consid. 2 pag. 206), de sorte que l'on peut admettre que la propagation de tels messages comporte un risque pour l'ordre public. Il est évident que ce risque n'a pas disparu, puisque le recourant pourrait remettre ces objets à des tiers, les prêter ou même se les faire voler. L'existence de ces objets, qui sont, par leur nature, destinés à être diffusés, est propre à perpétuer les effets de l'infraction et laisse subsister le risque pour l'ordre public.»

¹³ Cfr. decisione 2002-26 (DTF 129 IV 95), banca dati CFR.

¹⁴ Cfr. capitolo 6.5.

3 L'articolo 261^{bis} CP viola la libertà di espressione?

La punibilità delle esternazioni razziste ai sensi dell'articolo 261bis CP viola il diritto fondamentale e umano della libertà di espressione (art. 15 cpv. 2 Cost.¹⁵ e art. 10 cpv. 1 CEDU¹⁶)? Come si può ponderare la libertà di espressione e il diritto di soggetti privati a essere tutelati da violazioni della dignità umana a seguito di esternazioni razziste? Può esserci un conflitto tra diritti fondamentali?

A questo proposito il Tribunale federale si è espresso in questi termini: «La libertà di espressione non è assoluta; a norma dell'articolo 10 capoverso 2 CEDU può essere sottoposta a limitazioni legali nella misura in cui ciò sia necessario per il mantenimento dell'ordine democratico. Come altre disposizioni del Codice penale, l'articolo 261bis CP costituisce una limitazione legale della libertà di espressione fondamentale garantita dalla CEDU. Il giudice penale deve pertanto interpretare la disposizione riferendosi alla Costituzione (N.d.R.: art. 16 cpv. 2 Cost.).»¹⁷

Nel suo commentario sull'articolo 261bis CP Niggli giunge alla stessa conclusione, ma seguendo un altro filo argomentativo. A suo avviso non si può far valere la tutela di un diritto fondamentale nel caso di una dichiarazione lesiva della dignità umana. Ciò equivarrebbe a dire che la violazione di diritti umani è tutelata da un diritto fondamentale. Chi disconosce ad altri diritti fondamentali non può appellarsi alla protezione garantita da questi stessi diritti. Secondo Niggli questa conclusione è scontata se si parte dal principio che la dignità umana è il bene giuridico protetto in primo luogo dalla norma penale contro la discriminazione razziale (art. 261bis CP), stabilendo nel contempo che non è ponderabile con nessun diritto fondamentale. Quest'ultimo punto è dato dal fatto che la dignità umana non si situa sullo stesso piano dei diritti umani, ma ne costituisce piuttosto il presupposto e il fondamento.¹⁸

Sintetizzando, dalle argomentazioni qui esposte risulta che la punibilità prevista dalla norma penale contro la discriminazione razziale non è in contraddizione con la libertà di espressione e che non ci si può appellare a questo diritto fondamentale in caso di dichiarazioni razziste.

¹⁵ Costituzione federale della Confederazione Svizzera, RS 101.

¹⁶ Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, RS 0.101.

¹⁷ Cfr. decisione 2002-10, banca dati CFR; cfr. anche sentenza del Tribunale federale, Corte di cassazione penale, 18 marzo 2002, 6S.614/2001, consid. 2 c/bb.

¹⁸ Niggli, Kommentar, N 573 segg., 581; Schleiminger, Basler Kommentar N 26; lo stesso concetto è formulato anche nell'articolo 17 CEDU.

4 Oggetto protetto dall'articolo 261^{bis} CP

Stando all'articolo 261bis CP, è punibile chiunque discrimina una persona o un gruppo di persone in ragione della «razza», dell'etnia o della religione. Il gruppo di persone protetto è identico per tutte le varianti di fattispecie. I singoli oggetti protetti non sono invece stati definiti né dal legislatore svizzero, né dalle parti contraenti della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale¹⁹. Dovrebbe però essere conforme a quanto stabilito dalla letteratura di diritto internazionale pubblico e dalla giurisprudenza relativi all'articolo 1 di detta Convenzione. In caso contrario, la Svizzera rischierebbe di violare gli obblighi assunti con l'adesione alla Convenzione internazionale.²⁰

4.1 «Razza»

Il concetto di «razza» ha radici storiche e sociali. In senso strettamente biologico non vi sono razze umane. Per «razza» ai sensi dell'articolo 261bis CP si intende quindi un gruppo di persone percepito come tale o considerato un gruppo (omogeneo) da persone esterne, e al quale vengono (erroneamente) attribuite determinate caratteristiche ereditarie.²¹

In una decisione il Tribunale federale ha stabilito che la «razza» in quanto oggetto protetto è caratterizzata segnatamente dal colore della pelle e che le persone di pelle scura appartengono indubbiamente a una «razza» ai sensi della disposizione del Codice penale.²² Analogamente l'insulto «sales blancs» rivolto a persone di pelle bianca è stato giudicato un attacco contro la «razza» bianca.²³ Oltre al gruppo dei neri e dei bianchi, nel concetto di «razza» la giurisprudenza ha incluso anche il gruppo dei Tamil.²⁴

4.2 Etnia

Il concetto di «etnia» designa generalmente un gruppo di persone appartenenti alla stessa cultura (lingua, usi e costumi, tradizioni), che si percepisce come un gruppo distinto e che è anche considerato come tale dal resto della popolazione. Le persone che fanno parte di questi gruppi provano un senso di appartenenza dato da una base culturale comune e

¹⁹ Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965.

²⁰ Niggli, Kommentar, N 335.

²¹ Niggli, Kommentar, N 384 segg.

²² Cfr. decisione 1998-13 (DTF 124 IV 121 consid. 2b, pag. 124), banca dati CFR: «La race, au sens de l'art. 261^{bis} CP, se caractérise notamment par la couleur de la peau (...); il n'est donc pas douteux que les noirs constituent une race au sens de cette disposition.»

²³ Cfr. decisione 1999-21, banca dati CFR.

²⁴ Decisione del Tribunale circondariale di San Gallo del 18 marzo 1996; commento alla sentenza di Franz Riklin, «Tamil-Touristen» – Strafbare Rassendiskriminierung? in: *Medialex* 2/96 (1996), pag. 108.

tramandato di generazione in generazione.²⁵ Nella dottrina il concetto di «etnia» è pertanto definito come la consapevolezza di appartenere a una cultura.

Se un insulto razzista fa riferimento solo al colore della pelle della persona danneggiata si parla di discriminazione razziale. Se invece a essere colpito è un gruppo specifico di persone (che può anche distinguersi per il colore della pelle), si parla piuttosto di discriminazione legata all'appartenenza etnica.

Sono considerati espressamente etnie ai sensi della norma penale contro la discriminazione razziale i gruppi seguenti: gli Albanesi²⁶, gli Albanesi del Kosovo²⁷, i Portoghesi²⁸, gli Italiani²⁹, gli Svizzeri³⁰, gli Arabi e i Palestinesi³¹ e i nomadi³². Per quanto riguarda i nomadi, è stata recentemente pronunciata anche una sentenza contraria. Il caso in questione riguardava il rifiuto di prestare un servizio a nomadi. La prima e la seconda istanza cantonali hanno stabilito che i nomadi non costituiscono un'etnia, argomentando che il rifiuto di prestare un servizio in questo caso non toccava alcun oggetto protetto dall'articolo 261bis CP. Il Tribunale federale ha respinto il ricorso di diritto di Stato contro la decisione di seconda istanza ritenendolo un rimedio giuridico non ammissibile.³³ Per quanto riguarda le persone provenienti dalla ex Jugoslavia, un tribunale ha messo in dubbio che si trattasse di persone appartenenti a un'etnia, tanto più che prima dello scoppio della guerra civile nel 1991, la Repubblica federale di Jugoslavia era composta da diverse etnie³⁴.

La questione della rilevanza penale di atti razzisti nei confronti di Svizzeri è giudicata in modo molto eterogeneo dai tribunali.³⁵ Nella più recente delle decisioni citate il tribunale ha ammesso l'applicazione dell'articolo 261bis CP al gruppo degli «Svizzeri». Per un approfondimento sulla distinzione giuridica tra etnia quale gruppo protetto ai sensi dell'articolo 261bis CP e nazionalità quale gruppo non protetto da tale articolo si rimanda al punto 6.4. Le opinioni dottrinali sono divise circa il riconoscimento di gruppi sociali svizzeri in quanto «etnie». Finora è stato giudicato un solo caso in cui le minoranze linguistiche della Svizzera sono state riconosciute come oggetti protetti dall'articolo 261bis CP.³⁶

4.3 Religione

Oltre ai criteri «razza» e «etnia», la Svizzera ha incluso anche quello della religione negli oggetti protetti dall'articolo 261bis CP, benché non fosse stato richiesto³⁷ dalle parti

²⁵ Niggli, Kommentar, N 420 segg.

²⁶ Cfr. decisioni 2002-9, 1999-22 e 1997-21, banca dati CFR. In riferimento alla decisione 1997-21, il tribunale non ha più dovuto chiarire la questione dell'appartenenza degli Albanesi a un'etnia, ma ha lasciato intendere che ritenesse fosse il caso in considerazione dei criteri lingua, tradizione e storia.

²⁷ Cfr. decisione 2001-45, banca dati CFR.

²⁸ Cfr. decisione 1999-29, banca dati CFR; il tribunale ha qualificato come etnia le persone appartenenti a una nazione.

²⁹ Cfr. decisione 1997-24, banca dati CFR.

³⁰ Cfr. decisione 2000-14, banca dati CFR.

³¹ Cfr. decisione 2004-37, banca dati CFR.

³² Cfr. decisione 1996-2, banca dati CFR.

³³ Cfr. decisione 2003-8, banca dati CFR; cfr. anche Tribunale federale, dossier 1P.147/2003.

³⁴ Cfr. decisione 1999-22, banca dati CFR.

³⁵ Cfr. decisioni 2000-14 e 1998-31, banca dati CFR.

³⁶ Cfr. decisione 2000-3, banca dati CFR.

³⁷ La Svizzera ha ottemperato alla raccomandazione del Consiglio d'Europa; cfr. messaggio del 1992, cap. 635.

contraenti dell'ICERD.³⁸

Come nella Costituzione, anche nell'articolo 261bis CP, il concetto di religione va inteso in senso lato (e liberale). In altre parole è protetta ogni convinzione che esprime il riconoscimento di un'entità divina o trascendentale (anche se si tratta di un credo ateistico), che abbia una dimensione cultural-ideologica.

Il principale problema in questo ambito consiste nell'inclusione di altre comunità religiose, oltre alle grandi religioni universali, e nella definizione di chiare delimitazioni per gruppi e sette pseudoreligiosi.³⁹ A tal fine si possono applicare diversi criteri.⁴⁰

I tribunali erano finora unanimi nel non considerare «Scientology» una religione ai sensi dell'articolo 261bis CP adducendo però argomentazioni molto eterogenee.⁴¹

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, il giudaismo è una religione protetta dalla norma penale⁴². Si è così posto fine alle discussioni giuridiche sull'appartenenza a una «razza» o a un'etnia delle persone di fede ebraica.⁴³

4.4 Stranieri e richiedenti l'asilo

Gli stranieri e i richiedenti l'asilo rientrano in categorie prettamente giuridiche riferite allo statuto delle persone e non rispondono pertanto ai criteri di «razza», etnia o religione. Non essendo accomunati da un background linguistico o culturale, gli stranieri e i richiedenti l'asilo non possono essere assegnati a una determinata etnia. Tuttavia, dalla realtà dei fatti emerge che gli insulti generalizzanti nei confronti di stranieri o richiedenti l'asilo sono molto frequenti e tendenzialmente in aumento.⁴⁴ Secondo Niggli, un comportamento o un atto discriminatorio non può restare impunito per il semplice fatto che è rivolto contemporaneamente a più etnie o «razze», senza che i singoli gruppi siano espressamente menzionati. Gli atti discriminanti e discreditanzi nei confronti di stranieri o richiedenti l'asilo dovrebbero essere penalmente perseguibili se il concetto di «straniero», «richiedente l'asilo» o simili è applicato in modo indifferenziato a persone di diverse etnie o «razze» e di conseguenza utilizzato come sinonimo di «razza» o etnia.⁴⁵

³⁸ Articolo 1 cifra 1 della Convenzione.

³⁹ Cfr. anche Riklin, *Strafbestimmung*, pag. 38 segg.

⁴⁰ Cfr. Niggli, *Kommentar*, N 475 segg.: rispetto a fenomeni subculturali, le religioni sono caratterizzate da una relativa immutabilità della professione di fede. Inoltre le religioni non sono organizzazioni il cui scopo principale è conseguire un lucro. Partendo da un concetto liberale di religione, si può infine affermare che la qualifica di religione viene a cadere se l'organizzazione fa pressione sui propri membri.

⁴¹ Cfr. sentenza della Camera d'accusa del Tribunale cantonale di San Gallo del 12 febbraio 1997 – AK 171/1995. Il Tribunale federale non è entrato nel merito di un ricorso per cassazione contro questa sentenza (DTF 6S.260/1997). Entrambe le decisioni non sono contenute nella documentazione CFR; cfr. però Rieder, *Rechtsanwendung*, pag. 209 segg.

⁴² Cfr. decisioni 1998-13 (DTF 124 IV 121 E. 3a, pag. 124) e 1997-26 (DTF 123 IV 202 E. 4c, pag. 209), banca dati CFR.

⁴³ Niggli, *Kommentar*, N 509 – 512.

⁴⁴ Cfr. tabella 3: il 26 per cento delle cause penali documentate riguarda casi di diffamazione nei confronti di stranieri e richiedenti l'asilo.

⁴⁵ Niggli, *Kommentar*, N 494 - 503; cfr. anche Riklin, *Strafbestimmung*, pag. 39. Secondo Riklin, gli stranieri possono rientrare nel campo di applicazione della norma penale contro la discriminazione razziale se ad essere prese di mira sono persone appartenenti a una «razza» ben precisa.

Questo modo di vedere è stato ripreso dalla giurisprudenza.⁴⁶ In un caso concreto, in cui si trattava di giudicare la frase «La sinistra, i punk, i richiedenti l'asilo e altra feccia serviranno ad accendere il fuoco del lager!» pubblicata su un volantino per una festa di skinhead, il tribunale ha stabilito che l'oggetto protetto dalla norma penale contro la discriminazione razziale fosse leso. Il tribunale preposto ha considerato il gruppo dei richiedenti l'asilo un gruppo protetto dall'articolo 261bis CP adducendo che nel caso in esame fosse evidente che i richiedenti l'asilo non erano esposti agli attacchi in quanto categoria giuridica, bensì in quanto persone che si distinguono dalla maggioranza per la loro provenienza etnica.⁴⁷ La stessa decisione è stata presa da un altro tribunale nel caso di un articolo di giornale in cui i richiedenti l'asilo in generale erano stati definiti «pigri, parassiti e delinquenti».⁴⁸ Un appello contro il previsto allestimento di un alloggio per richiedenti l'asilo diffuso con un'azione di volantinaggio è stato giudicato con la stessa motivazione quale discredito penalmente perseguibile del gruppo dei richiedenti l'asilo.⁴⁹

Nella prassi giudiziaria queste categorie giuridiche non sono però generalmente poste sotto la protezione dell'articolo 261bis CP.⁵⁰ Benché l'opinione dottrinale di Niggli sia stata in parte ripresa, nei singoli casi si è negato l'uso sinonimico dei concetti. A titolo di esempio, è stata negata l'applicazione dell'articolo 261bis CP nel caso di una rima carnevalesca che definiva i richiedenti l'asilo in generale «Asylbetrüger» (letteralmente truffatori l'asilo, gioco di parole con «Asylbewerber») diffamandoli, poiché la rima si riferiva solo allo statuto giuridico dei richiedenti l'asilo e non alla loro «razza» o etnia. Nella rima si parlava solo di «Asylbetrüger»; il tribunale ha pertanto giudicato che gli autori avessero differenziato in misura sufficiente tra «Asylbetrüger» e «Asylbewerber».⁵¹

Purtroppo a tutt'oggi non esiste una decisione chiarificatrice del Tribunale federale in materia.

4.5 Sottogruppi

Per quanto attiene ai sottogruppi di gruppi di persone protetti, il Tribunale federale ha stabilito che sono protetti dall'articolo 261^{bis} CP «non solo gli esponenti di una <razza>, etnia o religione in generale, ma anche determinati sottogruppi o gruppi parziali, ad esempio i seguaci ortodossi, conservatori, tradizionalisti ecc. di una determinata religione». L'istanza riconosce per esempio che gli «Ebrei praticanti la macellazione rituale» sono un gruppo protetto dalla norma penale contro la discriminazione razziale e giudica irrilevante il fatto che la macellazione rituale costituisca o meno un aspetto fondamentale della fede ebraica. Sempre secondo il Tribunale federale, occorre considerare unicamente se la macellazione è giustificata da motivi religiosi per una parte non irrilevante di Ebrei. Non spetta al giudice pronunciarsi sulle consuetudini religiose nell'ambito di un procedimento penale.⁵²

⁴⁶ Cfr. decisioni 1997-10, 1999-37 e 2000-49, banca dati CFR.

⁴⁷ Cfr. decisione 1997-10, banca dati CFR.

⁴⁸ Cfr. decisione 2000-49, banca dati CFR.

⁴⁹ Cfr. decisione 2004-12, banca dati CFR.

⁵⁰ Cfr. decisioni 1996-15, 1998-42, 2000-5 e 2001-28, banca dati CFR.

⁵¹ Cfr. decisione 1997-11, banca dati CFR.

⁵² Cfr. decisione 2000-47 (Tribunale federale, 26.09.2000 – 6S.367/1998 consid. 5b e c), banca dati CFR.

4.6 Gruppi non protetti

Esistono anche gruppi di persone che non rientrano nel campo di applicazione della norma penale contro la discriminazione razziale, poiché non appartengono a una «razza», un'etnia o una religione nel senso inteso dall'articolo del Codice penale. Rientrano in questa categoria i gruppi descritti qui di seguito.

Sesso, orientamento sessuale

Per non oltrepassare il quadro della revisione di legge, nel messaggio concernente l'adesione della Svizzera alla Convenzione internazionale del 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale e la conseguente revisione del Codice penale sono stati volutamente esclusi criteri di discriminazione quali il sesso, l'orientamento sessuale, la concezione filosofica o la fede politica.⁵³

Convinzioni politiche

Chi critica una convinzione politica non può essere accusato di discriminazione razziale. L'opinione espressa in una lettera a un giornale, secondo cui la colpa del bombardamento di Dresda durante la Seconda guerra mondiale fosse ascrivibile alla Germania, non è stato ritenuto giuridicamente rilevante, poiché l'accusa era rivolta esclusivamente contro la Germania e il regime nazista, ossia contro gli aderenti a un sistema politico, e non contro il popolo tedesco.⁵⁴ Parimenti i gruppi della «sinistra» e i «punk» menzionati nel volantino per una festa di skinhead (cfr. capitolo 4.4) non sono stati considerati gruppi protetti dall'articolo 261^{bis} CP.⁵⁵

Non rientrano pertanto nella sfera di protezione della norma penale contro la discriminazione razziale i sionisti in quanto movimento politico.⁵⁶ La giurisprudenza è tuttavia di segno opposto se secondo l'imputato nel concetto di «sionismo» rientra la «volontà di dominio del mondo da parte degli Ebrei». In effetti, proprio l'insinuazione sulla volontà degli Ebrei di dominare il mondo costituisce uno stereotipo tipico dell'armamentario antisemita del Terzo Reich. In questi casi è lesa l'oggetto protetto dall'articolo 261^{bis} CP.⁵⁷

Nazionalità

Le discriminazioni basate esclusivamente sull'appartenenza di una persona a una nazione o a un'entità statale non sono contemplate dall'articolo 261^{bis} CP.⁵⁸ Per le sue affinità con il

⁵³ Messaggio del 2 marzo 1992 concernente l'adesione della Svizzera alla Convenzione internazionale del 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale e la conseguente revisione del Codice penale, cap. 635.

⁵⁴ Cfr. decisione 1995-5, banca dati CFR.

⁵⁵ Cfr. decisione 1997-10, banca dati CFR.

⁵⁶ Cfr. decisioni 1997-8, 1997-16, 1998-7, 1998-26, 1999-9, 1999-47 e 2000-47 (DTF del 26 settembre 2000 – 6S,367/1998), banca dati CFR.

⁵⁷ Cfr. decisione 1997-8, banca dati CFR.

⁵⁸ Niggli, Kommentar, N 485 segg., in particolare 488.

concetto di «popolo», il concetto «nazione» potrebbe però essere correlato all'elemento etnico, di modo che spesso gli atti discriminanti contro persone di una determinata «nazione» possono essere considerati atti discriminanti contro l'etnia o la «razza» in questione. A ciò si aggiunge che le persone appartenenti a una determinata «nazione» si distinguono spesso dagli «Svizzeri» per le loro caratteristiche esteriori.⁵⁹ In base a queste considerazioni, l'articolo 261^{bis} CP dovrebbe pertanto proteggere anche il concetto di «nazione».

In riferimento a un caso in cui era stato negato l'accesso a un locale pubblico a clienti provenienti dalla ex Jugoslavia e dall'Albania, l'autorità giudiziaria competente è giunta alla conclusione che con i termini «ex Jugoslavi» e «Albanesi» si fossero intesi inequivocabilmente cittadini di questi Stati. Per quanto riguarda i cittadini albanesi, ha comunque accolto la tesi secondo cui si trattasse di un'aggressione nei confronti di un'etnia, poiché nell'opinione pubblica la nazionalità albanese è associata a una determinata etnia – in questo caso quella albanese. Poiché l'ex Repubblica socialista federale di Jugoslavia comprendeva diverse etnie, si è ritenuto che fosse discutibile applicare la norma penale per proteggere i cittadini della ex Jugoslavia.⁶⁰

Stati

In genere gli attacchi rivolti a Stati in quanto entità politico-giuridiche non sono sanzionati dalla norma penale contro la discriminazione razziale. Ne consegue che le aggressioni di ogni tipo contro uno Stato non sono punibili. Nella prassi questo problema si è posto principalmente in rapporto allo Stato di Israele. Di norma si può affermare che le dichiarazioni contro lo Stato di Israele e la sua strategia politica non sono punibili, tranne nel caso in cui il termine «Israele» è usato come sinonimo di «ebraismo».⁶¹

⁵⁹ Niggli, Kommentar, N 489 segg.

⁶⁰ Cfr. decisione 1999-22, banca dati CFR.

⁶¹ Cfr. decisione 2003-5, banca dati CFR; Niggli, Kommentar, N 502-503, N 520.

5 Carattere pubblico

Un atto di discriminazione razziale ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP è perseguito penalmente solo se è compiuto in pubblico. Limitando la punibilità ad atti *pubblici* o commessi *in pubblico*, il legislatore ha voluto escludere la sfera privata dall'azione penale.

Generalmente, un'esternazione è considerata pubblica quando può essere sentita da molte persone o da un'ampia cerchia di soggetti che non intrattengono relazioni interpersonali.⁶²

Dalla casistica risulta che la giurisprudenza non è sempre omogenea e che anzi a volte è confusa. I tribunali, confrontati con situazioni molto disparate, hanno dovuto decidere se vi era *carattere pubblico* ai sensi della norma penale. Il criterio determinante per accertare il carattere pubblico varia fortemente a seconda dei casi: in una sentenza il criterio invocato è stato il fatto di «rendere partecipe un pubblico indeterminato»⁶³, in un'altra le «dimensioni della cerchia di destinatari»⁶⁴, in altre ancora il «rapporto di fiducia»⁶⁵, il «controllo della sfera d'azione»⁶⁶ o la «percettibilità dell'atto commesso»⁶⁷.

È solo nella decisione del 27 maggio 2004 (DTF 130 IV 111) che il Tribunale federale ha esposto chiaramente la propria posizione e definito in modo coerente il concetto di «carattere pubblico», considerando pubblico «tutto ciò che viene espresso al di fuori dell'ambito privato». Il Tribunale federale ha quindi deciso di definire il concetto di «pubblicità» per opposizione alla sfera privata. Secondo l'istanza giudiziaria fa parte dell'ambito privato tutto ciò che «viene espresso in seno a una cerchia familiare, a un gruppo di amici o altrimenti in un ambiente caratterizzato da relazioni personali o da relazioni di particolare confidenza». Sono le circostanze concrete a determinare se e quando un atto è compiuto nell'ambito privato o nell'ambito pubblico. Il numero di persone che assistono o potrebbero assistere all'esternazione o all'atto compiuto in pubblico riveste un ruolo subordinato, diversamente da quanto ritenuto da sentenze precedenti.⁶⁸

Successivamente, fino alla fine del 2004, si è fatto riferimento a questa giurisprudenza soltanto in due sentenze.⁶⁹

⁶² Cfr. decisione 1997-26 DTF (123 IV 202 consid. 3d, pag. 208), banca dati CFR; cfr. anche DTF 111 IV 151 consid. 3, pag. 154; Trechsel, *Kurzkommentar*, 2a edizione 1997, art. 259 N 3a, art. 261 N 3, art. 261^{bis} N 15; Niggli, *Kommentar*, 1996, N 696 e 704.

⁶³ Cfr. p.es. decisione 2002-9, banca dati CFR.

⁶⁴ Cfr. p.es. decisione 1997-26 (DTF 123 IV 202 consid. 3d e 4c, pag. 208 segg.), banca dati CFR.

⁶⁵ Cfr. decisione 1999-15, banca dati CFR.

⁶⁶ Cfr. p.es. decisione 1997-8, banca dati CFR.

⁶⁷ Cfr. p.es. decisione 2002-18 (DTF del 30 maggio 2002 – 6S.635/2001 consid. 3c) oppure (molto interessante) decisione 2003-27, banca dati CFR.

⁶⁸ Cfr. decisione 2004-10 (DTF 130 IV 111, consid. 5.2), banca dati CFR.

⁶⁹ Cfr. decisioni 2004-19 e 2004-27, banca dati CFR.

6 Singole fattispecie

6.1 Incitare all'odio o alla discriminazione (comma 1)

«Chiunque incita pubblicamente all'odio o alla discriminazione contro una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione (...) è punito con la detenzione o con la multa».

Secondo il Tribunale federale, il verbo *incitare* ingloba la nozione di *eccitare*⁷⁰, ossia istigare o fomentare emozioni, il che può suscitare – anche senza un carattere incitativo esplicito – l'odio e la discriminazione.

Nella dottrina e nella giurisprudenza si considera generalmente che la fattispecie dell'incitamento o dell'istigazione all'odio e alla discriminazione si configura quando «(...) una persona si adopera in modo continuo e insistente per creare o rafforzare un atteggiamento di fondo ostile nei confronti di determinate persone o gruppi oppure quando crea l'impressione che tali persone o gruppi siano inferiori e, come tali, non abbiano gli stessi diritti fondamentali».⁷¹

Per *odio* il Tribunale federale intende «(...) un sentimento molto più forte della mera antipatia, avversione o rifiuto, e anche più forte dell'ira o della rabbia, sentimenti – questi – che si placano piuttosto rapidamente».⁷²

Sussiste *discriminazione* quando viene violato il principio di uguaglianza in seguito a una disparità di trattamento che non è fondata su ragioni oggettive, ma che dipende da criteri quali «razza», etnia o religione. Una simile disparità dev'essere intenzionale o avere l'effetto di negare, limitare o ostacolare ai diretti interessati l'esercizio dei diritti umani di cui sono titolari.⁷³

Lo slogan «Inchiniamoci davanti alla stella di Davide, diventato ormai il nostro cappello di Gessler!» è stato giudicato un incitamento all'odio e alla discriminazione perché il concetto di «cappello di Gessler» è un simbolo di oppressione e asservimento. In altre parole, gli Ebrei sono accusati di voler dominare altri popoli e comunità religiose. Poiché, logicamente, si prova odio per gli oppressori, siamo di fronte ad un incitamento all'odio, al disprezzo o addirittura all'eliminazione degli Ebrei, proprio come ha fatto Guglielmo Tell con Gessler.⁷⁴

L'invito a bruciare e ad eliminare tutti gli Albanesi e i membri dell'UCK, apparso su una piattaforma chat, è stato qualificato un incitamento diretto all'odio e alla discriminazione ai sensi del comma 1 della norma penale.⁷⁵

La lettera di invito alla conferenza annuale di una comunità religiosa è stata considerata

⁷⁰ DTF 123 IV 202; cfr. anche messaggio del 1992, cap. 636.1.

⁷¹ Cfr. p.es. decisione 1997-6, banca dati CFR.

⁷² Cfr. decisione 2000-10 (DTF del 3 marzo 2000 – 6P.132/1999 e 6S.488/1999 consid. 13b), banca dati CFR.

⁷³ Niggli, Kommentar, N 748.

⁷⁴ Cfr. decisione 2001-20, banca dati CFR.

⁷⁵ Cfr. decisione 2002-9, banca dati CFR.

conforme alla fattispecie di cui al comma 1 perché il documento incitava i membri a diffondere la dottrina antisemita sostenuta dalla comunità. In questo caso, il tribunale ha considerato punibile anche chi riproduce in modo acritico gli incitamenti di terzi all'odio e alla discriminazione.⁷⁶

Gli appelli «protegete i vostri bambini dai preti cattolici pedofili» e «protegete i vostri bambini dalla pedofilia, non inviateli più al catechismo» non sono stati considerati dal Tribunale federale incitamenti perseguibili ai sensi del comma 1. Il Tribunale federale ha argomentato che la criticata ai preti cattolici pedofili non è riferita a un tratto caratteristico della fede cattolica ma al comportamento deviante di alcuni preti. Il testo riportato sui volantini non veicola l'idea che i preti cattolici siano tutti esseri spregevoli, pertanto non può essere considerato un incitamento all'odio e alla discriminazione.⁷⁷

6.2 Propagare ideologie (comma 2)

A norma del comma 2 è punibile

«(...) chiunque propaga pubblicamente un'ideologia intesa a discreditarne o calunniare sistematicamente i membri di una razza, etnia o religione».

La nozione penale di cui all'articolo 261^{bis} comma 2 CP si differenzia dal concetto generale di «ideologia».

Per il Tribunale federale era controversa la questione di sapere se l'ideologia ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP doveva essere un *costrutto di idee* o se invece bastavano alcune idee isolate per prefigurare la fattispecie penale. L'istanza giudiziaria ha però concluso che il legislatore si era basato su una definizione relativamente ampia del concetto: infatti secondo il messaggio del Consiglio federale la fattispecie «ideologia» è adempiuta se accompagnata da un'azione programmata e mirata.⁷⁸

La *propagazione di ideologie* si prefigura infatti già solo se il soggetto propagatore è consapevole del fatto che «le sue esternazioni o azioni denotano idee che si inquadrano in una determinata logica».⁷⁹

A livello giurisprudenziale, il Tribunale federale non si è ancora espresso sulla questione di sapere se la «menzogna di Auschwitz» vada considerata in tutte le sue varianti un'ideologia ai sensi del comma 2 e se, pertanto, sia punibile in virtù dell'articolo 261^{bis} comma 2 e seconda metà del comma 4 CP. In caso affermativo, la negazione dell'Olocausto è punibile ai sensi dell'articolo 261^{bis} seconda metà del comma 4 CP.⁸⁰

⁷⁶ Cfr. decisione 1997-6, banca dati CFR.

⁷⁷ Cfr. decisione 2003-25 (DTF 6S.148/2003), banca dati CFR.

⁷⁸ Cfr. decisione 2000-11 (DTF, op. cit., consid. 3d/bb), banca dati CFR.

⁷⁹ Cfr. decisione 1997-28, banca dati CFR.

⁸⁰ Cfr. decisione 2000-11 (DTF del 22 marzo 2000 – 6S.719/1999 consid. 3d/dd), banca dati CFR. In questo caso, tuttavia, la Corte di cassazione ha concluso che la tesi di un complotto ebraico o «sionista» contro l'Occidente cristiano, che il ricorrente identifica nella presunta invenzione dell'Olocausto e delle camere a gas, è un'ideologia ai sensi dell'art. 261^{bis} comma 2 CP. Questa tesi, infatti, mira a discreditarne o calunniare sistematicamente gli Ebrei.

La prassi seguita finora qualifica come *ideologia* il fatto di diffondere teorie sul complotto antisemita⁸¹, fare rinvii diretti al libro di Hitler «Mein Kampf»⁸², appendere l'effigie di Hitler⁸³, raffigurare una svastica⁸⁴, salutare con il saluto nazista⁸⁵ e scrivere con lo spray il motto «Sieg Heil!»⁸⁶. Pertanto, il comma 2 contempla in generale l'uso di simboli del nazionalsocialismo.⁸⁷

Tutte le dichiarazioni che denigrano persone che non hanno la pelle bianca e persone che appartengono ad altre religioni vanno considerate ideologie ai sensi del comma 2.⁸⁸

La componente *propagazione* va oltre l'elemento della fattispecie *pubblicità* e va distinto da quest'ultimo.⁸⁹ Pertanto, la raffigurazione pubblica di una svastica non equivale ancora, di per sé, a propagare un'ideologia ai sensi del comma 2. Vi è propagazione di ideologia penalmente rilevante solo quando la raffigurazione è usata a fini propagandistici e non è soltanto la manifestazione di un credo politico.⁹⁰ Pertanto un tribunale cantonale di seconda istanza ha stabilito in una decisione che la distinzione tra professione di un credo politico e propaganda è labile. Più esplicita è la professione di un credo politico, maggiori sono le possibilità che sia considerata come propaganda. Nel caso in questione a differenza del tribunale di prima istanza l'accusato è stato prosciolto perché non è stato possibile dimostrare alcun intento propagandistico da parte sua.⁹¹

Finora, la prassi ha ritenuto che il fatto di rivolgere il saluto nazista a chi ha opinioni affini non equivale a propagare un'ideologia invisibile, anche quando il saluto è fatto in pubblico. Il saluto nazista è invece punibile quando viene rivolto a terzi.⁹²

Vi è *calunnia* ai sensi dell'articolo 261^{bis} comma 2 quando un gruppo di persone protetto viene accusato in termini generici di un comportamento disonorevole.⁹³

Si ha invece *discredito* ai sensi dell'articolo 261^{bis} comma 2 quando si dichiara una persona o un gruppo di persone inferiore rispetto ad altre persone o gruppi.⁹⁴

Finora non è ancora stato chiarito il senso esatto dell'avverbio *sistematicamente*, così come figura nel comma 2. Se fosse riferito al concetto di *ideologia*, si potrebbe concludere che vi è ideologia rilevante per la fattispecie solo se per ideologia s'intende un costrutto di idee

⁸¹ Cfr. decisioni 1997-28 e 1997-18, banca dati CFR.

⁸² Cfr. decisione 2002-22, banca dati CFR.

⁸³ Cfr. decisione 2001-36, banca dati CFR.

⁸⁴ Cfr. decisioni 2001-36 e 2001-10, banca dati CFR.

⁸⁵ Cfr. decisioni 1997-20 e 2004-26, banca dati CFR.

⁸⁶ Cfr. decisione 2001-10, banca dati CFR.

⁸⁷ Cfr. decisioni 1997-13 e 2001-8, banca dati CFR.

⁸⁸ Cfr. decisione 1999-17, banca dati CFR.

⁸⁹ Niggli, Kommentar, N 785 segg., in particolare N 789.

⁹⁰ Per quanto riguarda un eventuale divieto di gesti di estrema destra e l'uso di simboli o emblemi nazionalsocialisti in pubblico (avamprogetto art. 261^{ter} CP), cfr. Rapporto del gruppo di lavoro interdipartimentale «Coordinamento e attuazione dei provvedimenti nell'ambito dell'estremismo di destra» al Consiglio federale, ottobre 2001, pagg. 49-51. Il risultato della procedura di consultazione relativa all'articolo 261^{ter} CP è positivo: il DFGP deve elaborare un messaggio relativo al disegno di articolo penale e sottoporlo al Consiglio federale per decisione. Il disegno verrà dibattuto in Parlamento non prima della sessione autunnale del 2006. Cfr. anche il documento di M.A. Niggli e C. Spenlé dal titolo «Lavori legislativi in corso nel campo della lotta alla discriminazione razziale», consultabile in internet all'indirizzo www.ekr-cfr.ch.

⁹¹ Cfr. decisione 2004-35, banca dati CFR.

⁹² Cfr. decisione 2001-8, banca dati CFR; rinvio a Niggli, Kommentar, N 864 seg.

⁹³ Cfr. decisione 1997-28, banca dati CFR. Contrariamente all'articolo 174 CP, l'articolo 261^{bis} comma 2 non esige che vi sia calunnia «in mala fede».

⁹⁴ Schleimiger, Basler Kommentar, Art. 261^{bis} N 39.

sistematico, ovvero solo se quest'ultima è definita da un contesto strutturato.⁹⁵ Questa restrizione del concetto di *ideologia* sarebbe però in contraddizione con la giurisprudenza del Tribunale federale che – come già esposto in precedenza – opta per un'interpretazione relativamente ampia di questo elemento della fattispecie.⁹⁶

6.3 Organizzare, incoraggiare o partecipare ad azioni di propaganda (comma 3)

Il comma 3 dichiara punibile

«(...) chiunque, nel medesimo intento, organizza o incoraggia azioni di propaganda o vi partecipa».

Per *azioni di propaganda* si intendono determinati comportamenti comunicativi quali tenere un discorso, dare in prestito o distribuire documenti o libri, esporre fotografie, ostentare emblemi o ancora compiere determinati gesti (comunicazione non verbale), ad esempio il saluto nazista.⁹⁷

Il comma 3 punisce l'*organizzazione*, l'*incoraggiamento* e la *partecipazione* ad azioni di propaganda. Questo disposto comprende tutte le possibili forme di partecipazione che agevolano la realizzazione di azioni propagandistiche.⁹⁸

L'espressione «*nel medesimo intento*» rinvia all'articolo 261^{bis} commi 1 e 2 CP e indica le azioni di propaganda che incitano o istigano all'odio e alla discriminazione (comma 1) o diffondono ideologie intese a discreditare o calunniare sistematicamente i membri di una «razza», etnia o religione (comma 2).⁹⁹

La particolarità del comma 3 risiede principalmente nel fatto che la *complicità*, quale *forma di partecipazione* alla realizzazione della fattispecie sanzionata dall'articolo 261^{bis} commi 1 e 2 CP, assurge a reato autonomo: dal punto di vista del diritto penale, infatti, i complici sono equiparati agli autori.¹⁰⁰ Si ottempera così all'articolo 4 lettera a dell'ICERD, secondo cui gli Stati contraenti si impegnano a dichiarare crimine punibile dalla legge ogni incitamento (compreso il finanziamento) alla discriminazione razziale.¹⁰¹

Nel periodo in esame (1995-2004) il Tribunale federale non ha emesso decisioni relative al comma 3; la questione è stata finora poca trattata anche dalle istanze cantonali. In un caso concreto la vendita di un'opera revisionistica è stata considerata partecipazione ad azioni di propaganda ai sensi del comma 3 (in combinato disposto con i commi 1 e 2) in quanto il libro incitava, nel suo complesso, all'odio verso gli Ebrei e i sionisti.¹⁰²

Nel riesame della sentenza sui fatti della «Waldhütte»¹⁰³ il tribunale competente ha condannato l'organizzatore del raduno di skinhead in base all'articolo 261^{bis} comma 3 CP. La

⁹⁵ Niggli, op. cit., N 853.

⁹⁶ Cfr. decisione 2000-11 (DTF del 22 marzo 2000 – 6S.719/1999 consid. 3d/bb), banca dati CFR.

⁹⁷ Messaggio del 1992, cap. 636.1.

⁹⁸ Non è però compreso l'assistere passivo anche se è espressione di un consenso. Niggli, Kommentar, N 899.

⁹⁹ Niggli, Kommentar, N 886.

¹⁰⁰ Niggli, Kommentar, N 1261.

¹⁰¹ Niggli, Kommentar, N 895; in merito alla partecipazione a organizzazioni razziste cfr. Stratenwerth, 2000, N 34 ad § 39, pag. 183.

¹⁰² Cfr. decisione 1997-5, banca dati CFR.

¹⁰³ Cfr. decisione 2004-10 (DTF 130 IV 111), banca dati CFR.

decisione è stata motivata con il fatto che l'organizzatore conosceva gli orientamenti politici dei relatori e che pertanto era perfettamente consapevole che questi avrebbero potuto esprimere esternazioni razziste.¹⁰⁴

Inoltre, la distribuzione di una rivista con contenuti revisionistici¹⁰⁵ e il tentativo di consegnare materiale di propaganda nazista quali bandiere, poster, CD e altro per una festa di skinhead¹⁰⁶ è stato definito partecipazione ad azioni di propaganda ai sensi dell'articolo 261^{bis} comma 3 CP.

In un altro caso, invece, l'ascolto di CD in ambito privato e la lettura di riviste con contenuti discriminatori non sono stati considerati perseguibili a norma del comma 3.¹⁰⁷

6.4 Discreditare o discriminare in modo lesivo la dignità umana (prima metà del comma 4)

Conformemente alla variante di fattispecie di cui alla prima metà del comma 4, è punibile

«(...) chiunque, 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 o religione».

Per *sminuimento della dignità umana* si intende un'azione che «(...) nega semplicemente alla vittima la qualità di persona». Il destinatario della fattispecie di questo sminuimento non è più in primo luogo l'opinione pubblica ma la persona stessa coinvolta. Contrariamente ai delitti d'onore, qui non si tratta di un attacco all'onore del danneggiato.¹⁰⁸ Il fatto di attribuire a una persona determinate caratteristiche o qualità negative non costituisce di per sé un crimine sanzionato dall'articolo 261^{bis} prima metà del comma 4 CP: ciò non significa infatti che al soggetto interessato venga negata la dignità umana.¹⁰⁹

L'analisi delle decisioni vertenti sulla norma penale contro la discriminazione razziale rivela che nella maggior parte dei casi si trattava di discredito o discriminazione ai sensi dell'articolo 261^{bis} prima metà del comma 4 CP per lo più sotto forma di insulti orali.¹¹⁰ Nella giurisprudenza recente sono stati dichiarati punibili tra gli altri i seguenti insulti scritti o orali: «Serben-Schwein»¹¹¹, «Denn ein Geschäft mit einem Jud, besteht aus Schwindel und Betrug»¹¹², «Raus mit den Scheiss-Jugos»¹¹³, «Sevoboy und UCK sind Dreck der bereinigt sein muss [...] Scheiss-Albaner, muss man vernichten»¹¹⁴, «Hakenkreuz, SS und Judensterne», «Scheiss-Ausländer-Raus», «Islam verrecke etc.»¹¹⁵, «Descendre tous les Nègres»¹¹⁶, «Sale yougoslave»¹¹⁷, «Du bist ein Affe und kein Mensch»¹¹⁸, «Es war gut, dass

¹⁰⁴ Cfr. decisione 2004-34, banca dati CFR.

¹⁰⁵ Cfr. decisione 1997-18, banca dati CFR.

¹⁰⁶ Cfr. decisione 1999-34, banca dati CFR.

¹⁰⁷ Cfr. decisione 1998-28, banca dati CFR.

¹⁰⁸ Messaggio del 1992, cap. 636.2.

¹⁰⁹ Niggli, Kommentar, N 940 f. e 946; cfr. decisione 2000-49, banca dati CFR.

¹¹⁰ Secondo le statistiche gli insulti verbali rappresentano il 25 per cento degli episodi di razzismo giudicati dai tribunali; cfr. tabella 4.

¹¹¹ Cfr. decisione 2002-23, banca dati CFR.

¹¹² Cfr. decisione 2002-22, banca dati CFR.

¹¹³ Cfr. decisione 2002-21, banca dati CFR.

¹¹⁴ Cfr. decisione 2002-9, banca dati CFR; le dichiarazioni sono sussunte sotto l'articolo 261^{bis} comma 1 CP.

¹¹⁵ Cfr. decisione 2001-26, banca dati CFR.

¹¹⁶ Cfr. decisione 2001-24, banca dati CFR.

die Nazis damals solche <Polen-Sauen> vergast haben»¹¹⁹, «Negersau, Drecksneger»¹²⁰, «Aus Sicherheitsgründen haben Gäste aus Ex-Jugoslawien / Albanien keinen Zutritt!»¹²¹, «[...] Sie beten einen toten Gözen namens Allah an und verehren einen Affen, der sich Mohammed nannte!»¹²².

Il fatto di oltraggiare gli Ebrei chiamandoli «Nazi-Henker» (boia dei nazisti) perché praticano la macellazione rituale adempie, secondo il Tribunale federale, la fattispecie disciplinata dall'articolo 261^{bis} prima metà del comma 4 CP in quanto questo paragone «è applicato proprio agli Ebrei, vittime del terrore nazionalsocialista».¹²³ Di conseguenza, ciò dovrebbe valere anche per tutte le altre vittime del nazionalsocialismo.

In un caso concreto, gli insulti rivolti a cinesi o giapponesi del tipo «huerä Tschäpse, Schlitzauge und Scheiss-Chinese» non sono stati considerati discredito ma solo offesa all'onore.¹²⁴ Nella fattispecie in oggetto non rientrano nemmeno insulti generici del tipo «con»¹²⁵, «Schoggikopf»¹²⁶, «Huere Jugoslawen», «Avec les gens de couleur, c'est toujours le même problème.»¹²⁷ e «Huere Ausländer»¹²⁸.

Il Tribunale federale ha stabilito che l'affermazione «gli immigrati del Kosovo contribuiscono più della media all'aumento della violenza e della criminalità in Svizzera» non rientra nella fattispecie dell'articolo 261^{bis} prima metà del comma 4 CP. Secondo l'alta corte questo giudizio si basa su statistiche e quindi su dati concreti e oggettivi. Tale affermazione non contiene infatti un giudizio globale negativo su un intero gruppo. Anche la richiesta di rinvio forzato entro il termine prefissato non rappresenta un'offesa alla dignità umana, in quanto non nega generalmente i diritti fondamentali dei diretti interessati o non nega loro un'esistenza in condizioni di parità, bensì si limita a chiedere a livello politico il loro rimpatrio.¹²⁹

La dichiarazione fatta in pubblico di voler «agire in modo razzista» rappresenta un caso speciale per l'articolo 261^{bis} prima metà del comma 4 CP.¹³⁰ L'annuncio in pubblico di un divieto d'accesso a un locale per le persone originarie di una determinata regione costituisce secondo Niggli una *dichiarazione di disponibilità* al rifiuto di prestare un servizio e non ancora un rifiuto di prestare servizio ai sensi del comma 5. Solo con il rifiuto concreto di servire la persona interessata dal divieto d'accesso si configura la fattispecie dell'articolo 261^{bis} comma 5 CP.¹³¹ Un tribunale cantonale chiamato a decidere sul divieto d'accesso a un locale «per ragioni di sicurezza» per le persone originarie della ex Jugoslavia e dell'Albania ha lasciato aperta la questione se l'affissione di un cartello indicante il divieto d'accesso a un locale sia punibile ai sensi del comma 5. Il tribunale ha prosciolto l'imputato dall'accusa di

¹¹⁷ Cfr. decisione 2001-14, banca dati CFR.

¹¹⁸ Cfr. decisione 2001-7, banca dati CFR.

¹¹⁹ Cfr. ad esempio decisione 2002-18 (DTF del 30 maggio 2002 – 6S.635/2001), banca dati CFR.

¹²⁰ Cfr. decisione 2000-53, banca dati CFR.

¹²¹ Cfr. decisione 2000-51, banca dati CFR.

¹²² Cfr. decisione 2003-31, banca dati CFR.

¹²³ Cfr. decisione 2000-47 (DTF del 26 settembre 2000 – 6S.367/1998 consid. 4a), banca dati CFR.

¹²⁴ Cfr. decisione 2002-20, banca dati CFR.

¹²⁵ Cfr. decisione 2001-50, banca dati CFR.

¹²⁶ Cfr. decisione 2000-31, banca dati CFR.

¹²⁷ Cfr. decisione 2003-14, banca dati CFR.

¹²⁸ Cfr. decisione 1999-25, banca dati CFR; si sostiene che il discredito generalizzato non sia compreso nella fattispecie penale della discriminazione razziale.

¹²⁹ Cfr. decisione 2004-22 (DTF 131 IV 23), banca dati CFR.

¹³⁰ Cfr. capitolo 6.6.

¹³¹ Niggli, Kommentar, N 1134.

discriminazione razziale ai sensi del comma 5 e l'ha condannato ai sensi della prima metà comma 4, argomentando che la suddetta dichiarazione di disponibilità ricade nel campo di applicazione dell'articolo 261^{bis} prima metà comma 4 CP perché la negazione a un determinato gruppo dell'uguaglianza di trattamento nell'accesso a un servizio è lesiva della dignità umana.¹³²

6.5 Disconoscere o minimizzare il genocidio o altri crimini contro l'umanità (seconda metà del comma 4)

A norma della seconda metà del comma 4 è punibile

«(...) chiunque, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità».

Per giustificare la tipicità della fattispecie in base alla giurisprudenza del Tribunale federale, le azioni o le dichiarazioni incriminate non devono per forza essere dirette contro le vittime del genocidio, ma possono anche essere rivolte a terzi.¹³³

Secondo il messaggio del Consiglio federale, il disposto concerne tutti gli atti che possono essere qualificati come *genocidio* conformemente alla Convenzione del 9 dicembre 1948 per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio¹³⁴.

Per *crimini contro l'umanità* si intendono – in conformità al comma 5 dello Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia – assassinio, sterminio, schiavitù, deportazione, privazione della libertà, tortura, stupro, persecuzione per motivi politici, razzisti e religiosi nonché altri atti disumani. Inoltre gli atti devono essere compiuti nell'ambito di un conflitto armato internazionale o interno ed essere diretti contro civili.¹³⁵

Il Tribunale federale dà al verbo *disconoscere* un'accezione più ampia di un semplice «dichiarare o contestare in malafede», anche se i crimini sono meno evidenti o meno noti dell'Olocausto. Per quanto attiene all'inesattezza del contenuto delle dichiarazioni fatte, basta quindi il dolo eventuale, ossia che il reo consideri possibile la negazione e l'approvi.¹³⁶

Minimizzare grossolanamente significa sostenere che la sofferenza delle vittime (il danno arrecato o causato oppure il pregiudizio) è nettamente inferiore a quanto generalmente supposto.¹³⁷

La formulazione «*cercare di giustificare*» significa che i crimini o le ingiustizie commessi vengono legittimati, la violenza perpetrata accettata o perlomeno non esclusa a priori.¹³⁸

Secondo il testo di legge, è l'atto del disconoscere, minimizzare grossolanamente o

¹³² Cfr. decisione 2000-51, banca dati CFR.

¹³³ Cfr. decisione 1999-39 (DTF 126 IV 20 consid. 1a e b), banca dati CFR.

¹³⁴ RS 0.311.11; la Svizzera ha ratificato la Convenzione il 7 settembre 2000.

¹³⁵ Niggli, Kommentar, N 972 segg.

¹³⁶ DTF del 22 marzo 2000 – 6S.719/1999 consid. 2e/aa, cfr. anche decisione 2000-11, banca dati CFR.

¹³⁷ Schleimiger, Basler Kommentar, art. 261^{bis} N 62.

¹³⁸ Niggli, Kommentar, N 1003 segg.

giustificare che dev'essere compiuto per motivi di discriminazione razziale¹³⁹ e non il genocidio o il crimine contro l'umanità in quanto tale. In due decisioni, il Tribunale federale parte dal presupposto che la formulazione «per le medesime ragioni» indichi l'agire per motivazioni razziste o antisemite.¹⁴⁰ Tuttavia, non si è ancora pronunciato sulla questione se questo passaggio dell'articolo 261^{bis} seconda metà del comma 4 CP si riferisca unicamente alla motivazione «per la loro razza, etnia o religione» e se soltanto il fatto di disconoscere, minimizzare grossolanamente o giustificare debba essere fondato su motivi di discriminazione razziale. Se così fosse, la negazione di un genocidio per puro orgoglio nazionale non sarebbe perseguibile penalmente.¹⁴¹

A tal proposito, un tribunale cantonale chiamato a pronunciarsi sulla questione se associazioni nazionali, in una petizione sul «presunto» genocidio perpetrato dai Turchi contro gli Armeni nel 1915¹⁴², abbiano negato un genocidio rendendosi perseguibili penalmente è giunto alla conclusione che lo scritto non poggia su motivazioni razziste. Il tribunale ha ritenuto che per qualificare un evento storico di genocidio occorre basarsi sulla posizione del legislatore.¹⁴³ Con la loro petizione le associazioni nazionali hanno voluto unicamente evidenziare la posizione dominante in Turchia, sostenuta ufficialmente dal governo turco e esposta nei libri di storia. È irrilevante il fatto che tale posizione sia, in ultima analisi, falsa, incompleta o ideologica.¹⁴⁴ In una sentenza successiva il Tribunale federale ha confermato che per qualificare un evento storico occorre basarsi sulla posizione del legislatore e ha stabilito inoltre che «è un fatto dimostrato e un dato storico da tutti riconosciuto che sotto il regime nazionalsocialista diversi milioni di Ebrei sono stati sterminati. [...] I tribunali non devono né fornire prove né entrare nel merito dell'argomentazione avanzata dalla pubblicistica cosiddetta revisionista».¹⁴⁵

Stando al Tribunale federale, il bene giuridico protetto dall'articolo 261^{bis} seconda metà del comma 4 CP è la pace pubblica.¹⁴⁶ Per la prassi, ciò ha come conseguenza che una discriminazione razziale è penalmente rilevante solo se un numero importante di membri della «razza», etnia o religione di cui si nega il genocidio vive in Svizzera. In caso contrario, non si potrebbe concepire l'esistenza di una minaccia per la pace pubblica. Se ciò non è plausibile per gli Armeni, risulta difficilmente concepibile per gli Ebrei, visto il loro numero limitato. Tuttavia lo scopo del disposto dell'articolo 261^{bis} seconda metà del comma 4 CP non può essere quello di far dipendere la punibilità di un atto razzista dal numero di persone che appartengono al gruppo preso di mira e che risiedono in Svizzera.

¹³⁹ Niggli, Kommentar, N 1222 segg., in particolare N 1225.

¹⁴⁰ Cfr. decisione 2000-11 (DTF del 22 marzo 2000 – 6S.719/1999 consid. 3d/bb), banca dati CFR e decisione del 22 gennaio 2003 – 6S.698/2001.

¹⁴¹ Stratenwerth, 2000, N 37 ad § 39; cfr. anche Niggli, N 1224 e decisione 2001-27, banca dati CFR.

¹⁴² Cfr. la documentazione dell'Associazione per i popoli minacciati del marzo 2002 sulla questione armena (Ein Zeichen der Gerechtigkeit für die vergessenen Opfer von 1915. Für eine Anerkennung des Völkermordes an den Armeniern), Berna, consultabile sul sito www.gfbv.ch; Vest Hans 2000, Zur Leugnung des Völkermordes an den Armeniern 1915. In: AJP/PJA 1/00, pagg. 66-72.

¹⁴³ Cfr. decisione 2001-27, banca dati CFR. Nonostante numerosi interventi parlamentari, il Consiglio federale non ha ancora riconosciuto ufficialmente il genocidio degli Armeni del 1915.

¹⁴⁴ Cfr. decisione 2001-27, banca dati CFR; cfr. la posizione critica di Rupen Boyadjian in «Zum Rechtsfall wegen Leugnung des Völkermordes an den Armeniern», novembre 2002, consultabile sul sito www.armenian.ch.

¹⁴⁵ Cfr. decisione 2003-3 (DTF 22 gennaio 2003 – 6S.698/2001 E.2.), banca dati CFR.

¹⁴⁶ Cfr. decisione 2002-26 (DTF 129 IV 95 consid. 1a e b), banca dati CFR.

6.6 Rifiuto di fornire un servizio (comma 5)

A norma del comma 5 è punibile

«(...) chiunque rifiuta a una persona o a un gruppo di persone, per la loro razza, etnia o religione, un servizio da lui offerto e destinato al pubblico».

Con l'articolo 261^{bis} comma 5 CP il legislatore ha voluto sanzionare la discriminazione razziale vera e propria che, nella sua forma più estrema, può sfociare nella segregazione e nell'apartheid.¹⁴⁷

A livello dottrinale resta fortemente controversa la questione di sapere cosa si intende per *servizio destinato al pubblico* e se i contratti di affitto, di lavoro o di insegnamento siano toccati dalla fattispecie di cui all'articolo 261^{bis} comma 5 CP.¹⁴⁸ L'unico punto generalmente accettato è che entrano in linea di conto sia le merci, sia i servizi, inclusa l'intermediazione.¹⁴⁹

La *prova* della motivazione razzista del soggetto offerente è particolarmente problematica nella prassi. Una parte della dottrina e della giurisprudenza è del parere che il rifiuto di fornire un servizio possa essere punito unicamente se è fondato su motivazioni razziste.¹⁵⁰ Così è stata sospesa un'inchiesta penale sul rifiuto di consentire l'accesso a un club a due uomini dalla pelle scura con la seguente motivazione: «il rifiuto di prestare un servizio agli appartenenti di determinati gruppi è malvisto. Concepire un servizio in base alla libertà contrattuale espressamente per determinati gruppi di popolazione, ad esempio un'inserzione concernente l'affitto di appartamenti 'solo a svizzeri' o l'accesso a un club privato consentito 'solo ai bianchi', non costituisce un reato.» Pertanto, come emerge da questa decisione, per le autorità d'istruzione penale il rifiuto di consentire l'accesso a determinate persone non poggia su motivazioni razziste.¹⁵¹

In un caso la competente autorità d'istruzione penale ha ritenuto che il rifiuto di servire bevande alcoliche a un uomo di colore non fosse punibile ai sensi dell'articolo 261^{bis} comma 5 CP. La gerente del ristorante ha potuto dimostrare di aver avuto esperienze negative con i membri del gruppo sociale in questione che l'hanno indotta a rifiutarsi di prestare loro un servizio, sussiste pertanto un motivo oggettivamente fondato. L'inchiesta penale è stata sospesa.¹⁵² In altre due decisioni è stato stabilito che non è ammesso rifiutare indiscriminatamente a tutti i membri di una determinata etnia una prestazione destinata in linea di massima a tutti, solo perché determinati membri del gruppo si sono fatti notare per il loro comportamento sconveniente.¹⁵³ «Dal comportamento di singole persone non si può, in effetti, desumere un comportamento generico del gruppo sociale d'appartenenza. I problemi causati da singoli soggetti non possono in nessun caso giustificare oggettivamente la diffamazione indiscriminata e pubblica di intere etnie cui appartengono tali soggetti».¹⁵⁴

¹⁴⁷ Messaggio del 1992, cap. 636.3.

¹⁴⁸ Le prestazioni fornite da istituti di diritto pubblico sottostanno già al principio generale dell'uguaglianza giuridica e del divieto di discriminazione sancito dall'articolo 8 capoversi 1 e 2 Cost.

¹⁴⁹ Niggli, Kommentar, N 1040 f; Rom, Rassendiskriminierung, pag. 143.

¹⁵⁰ Cfr. Stratenwerth, 2000, N 40 ad § 39 e decisione 2001-21, banca dati CFR.

¹⁵¹ Cfr. decisione 2004-23, banca dati CFR.

¹⁵² Cfr. decisione 2001-21, banca dati CFR.

¹⁵³ Cfr. decisioni 2000-51 e 2000-58, banca dati CFR.

¹⁵⁴ Cfr. decisione 2000-51, banca dati CFR.

Finora, la prassi ha considerato che i *servizi destinati al pubblico* comprendessero l'offerta dei ristoranti¹⁵⁵, del commercio al dettaglio¹⁵⁶ e dei cinema¹⁵⁷.

7 Fattispecie soggettiva

La discriminazione dev'essere intenzionale, ovvero il soggetto deve compierla «in piena coscienza e volontà», anche se è sufficiente il dolo eventuale¹⁵⁸. La condizione di «piena coscienza e volontà» deve prefigurarsi per tutti gli elementi della fattispecie.

Si può a tal proposito menzionare un procedimento penale contro un cinese sospeso dalla competente autorità per mancanza di una fattispecie soggettiva. La persona in questione aveva diffuso pubblicamente opuscoli nei quali l'occupazione cinese del Tibet era definita una «liberazione pacifica» e un atto di democratizzazione. L'autorità inquirente ha ritenuto che vi fosse il disconoscimento e la minimizzazione di un genocidio o altri crimini contro l'umanità ai sensi dell'articolo 261^{bis} seconda metà comma 4 CP e ha pure riconosciuto il carattere pubblico dell'atto. Le condizioni per la fattispecie oggettiva erano dunque date. Tuttavia la stessa autorità ha negato il dolo eventuale necessario soggettivamente ritenendo, in base alle dichiarazioni dell'imputato, che questi, avendo trascorso la propria vita prevalentemente in Cina e facendo propria l'indiscussa posizione ufficiale, non fosse mai stato confrontato a critiche sulla politica cinese nel Tibet e dunque non fosse cosciente di questa problematica. Per questa ragione mancava l'elemento soggettivo della fattispecie della discriminazione razziale.¹⁵⁹

Anche in un altro caso, una persona è stata prosciolta dall'accusa di discriminazione razziale per mancanza della tipicità della fattispecie soggettiva. L'imputato aveva inciso croci uncinate sulla parete della casa del ricorrente. Il tribunale ha ritenuto che l'atto fosse stato compiuto senza intenzioni razziste.¹⁶⁰

Va fatta però una distinzione tra fattispecie soggettiva e motivazione alla base delle singole varianti di fattispecie dell'articolo 261^{bis} CP.¹⁶¹

¹⁵⁵ Cfr. decisioni 1999-22, 2000-51, 1999-46 e 2000-21, banca dati CFR.

¹⁵⁶ Cfr. decisioni 2000-58 e 2001-19, banca dati CFR.

¹⁵⁷ Cfr. decisione 1998-22, banca dati CFR.

¹⁵⁸ Per «dolo eventuale» s'intende che il soggetto agente ha previsto la possibilità di commettere un'azione penalmente perseguibile.

¹⁵⁹ Cfr. decisione 2003-2, banca dati CFR.

¹⁶⁰ Cfr. decisione 1998-35, banca dati CFR.

¹⁶¹ Niggli, Kommentar, N 1206; Stratenwerth, 2000, N 41.

8 Partecipazione al procedimento penale e legittimazione a ricorrere

La discriminazione razziale è un delitto perseguibile d'ufficio. Pertanto, le autorità statali incaricate dell'azione penale hanno il dovere di agire d'ufficio anche senza denuncia del diretto interessato, non appena sono a conoscenza di una violazione potenziale dell'articolo 261^{bis} CP. Al contempo, però, ciascuno può presentare querela senza dover adempiere ulteriori obblighi nel procedimento penale.

Di norma, la persona contro cui l'azione perseguibile penalmente è suppostamente diretta ha solo un ruolo subordinato nel procedimento penale. Infatti, anche se questa persona ha un interesse riconosciuto a che l'attore venga giudicato, l'azione penale vera e propria spetta allo Stato.¹⁶² A determinate condizioni, il diretto interessato può costituirsi parte civile e dispone entro certi limiti del diritto di partecipazione e di controllo.¹⁶³ Può anche far valere pretese civili nell'ambito di un procedimento penale per lesione della personalità ai sensi dell'articolo 28 del Codice civile svizzero (CC) e chiedere un risarcimento per il torto morale subito.

La possibilità di impugnare decisioni o sentenze dei tribunali cantonali è però limitata. Concretamente, ciò significa che ha facoltà di impugnare una decisione di abbandono dell'azione penale (ad esempio sospensione del procedimento, proscioglimento dell'accusato) solo il danneggiato riconosciuto parte lesa ai sensi del codice di procedura penale cantonale o – per l'inoltro di un rimedio giuridico a livello federale¹⁶⁴ – vittima ai sensi della legge federale concernente l'aiuto alle vittime di reati (LAV)¹⁶⁵. Il riconoscimento della qualità di danneggiato o vittima ai sensi della LAV dipende dalla variante di fattispecie dell'articolo 261^{bis} CP applicata al caso singolo. Questo perché il bene giuridico protetto cambia a seconda della variante di fattispecie. Finora il Tribunale federale ha riconosciuto la dignità umana un bene giuridico primario solo per le varianti di fattispecie disciplinate dall'articolo 261^{bis} comma 1 e prima metà del comma 4 CP.¹⁶⁶ In linea di massima, una persona può avere la qualità di danneggiato nell'ambito di queste varianti di fattispecie se l'aggressione è *diretta contro di lei e se è stata lesa nella propria dignità umana*.¹⁶⁷ Quanto alle altre varianti di fattispecie, il Tribunale federale non si è ancora pronunciato sulla questione di sapere se singoli individui del gruppo preso di mira possono avere la qualità di danneggiati.¹⁶⁸ Per quanto riguarda la seconda metà del comma 4, il Tribunale federale si è già espresso, considerando che il bene giuridico protetto direttamente dal disposto fosse la pace pubblica.

¹⁶² Nel perseguimento e nel condono della pena il soggetto direttamente interessato dalla supposta azione penalmente perseguibile ha solo un interesse «effettivo» o «indiretto» e non un interesse «giuridico» ai sensi della giurisprudenza. Cfr. decisione 2002-19, banca dati CFR.

¹⁶³ La parte civile ha il diritto di produrre mezzi di prova, di essere informata sugli sviluppi del procedimento e di porre domande ai testimoni e all'accusato.

¹⁶⁴ Il danneggiato deve avere la qualità di vittima ai sensi della LAV sia per un ricorso in cassazione sia per un ricorso di diritto pubblico se vuole che il Tribunale federale riesamini il caso nel merito. In caso contrario, può invocare unicamente la violazione dei diritti procedurali.

¹⁶⁵ Legge federale del 4 ottobre 1991 concernente l'aiuto alle vittime di reati (LAV), RS 312.5.

¹⁶⁶ Cfr. capitolo 2.

¹⁶⁷ Cfr. decisione 2002-19, banca dati CFR.

¹⁶⁸ Cfr. decisione 2002-19, banca dati CFR.

Pertanto, per riconoscere al soggetto direttamente interessato la qualità di vittima ai sensi della suddetta legge manca la lesione diretta presupposta dalla LAV.¹⁶⁹ In una decisione vertente sull'articolo 261^{bis} comma 5 CP il Tribunale federale ha negato al ricorrente la legittimazione a ricorrere con la motivazione che non fosse da considerare vittima ai sensi della legge concernente l'aiuto alle vittime di reati. Il procedimento è stato sospeso.¹⁷⁰

Considerati questi sviluppi della giurisprudenza, si può partire dal presupposto che alle vittime di discriminazione razziale viene riconosciuta la qualità di vittima ai sensi della LAV solo in casi eccezionali e che esse non sono legittimate a ricorrere dinanzi al Tribunale federale.¹⁷¹

Finora, nessuna associazione d'interesse ha potuto costituirsi parte civile in un procedimento penale o avvalersi dei mezzi giuridici del caso.¹⁷²

¹⁶⁹ Cfr. decisione 2002-26, banca dati CFR.

¹⁷⁰ Cfr. decisione 2003-8 (DTF - 1P.147/2003), banca dati CFR.

¹⁷¹ Cfr. parere della Commissione federale contro il razzismo (CFR) dell'8 aprile 2003 sull'avamprogetto della commissione d'esperti relativo alla revisione totale della legge concernente l'aiuto alle vittime di reati (in tedesco), consultabile sul sito della CFR www.ekr-cfr.ch (Documentazione/Procedure di consultazione/Procedure di consultazione 1995-2004).

¹⁷² Cfr. decisione 1999-33, banca dati CFR e decisione del presidente del tribunale 16 del distretto VIII Berna-Laupen del 16 luglio 1998; confermata dalla decisione della seconda camera penale del Tribunale d'appello di Berna del 10 febbraio 1999 (queste due decisioni non figurano nella banca dati CFR).

9 Excursus - applicabilità dell'articolo 27 CP (punibilità dei mass media) all'articolo 261^{bis} CP

L'articolo 27 CP¹⁷³ garantisce che in presenza di reato mediatico si possa procedere penalmente almeno contro una persona responsabile nei confronti del pubblico, nella misura in cui una dichiarazione discriminatoria e perseguibile penalmente sia stata commessa da un mezzo di comunicazione di massa (stampa, radio, televisione e media elettronici). Il perseguimento penale si configura come segue:

Articolo 27 CP

¹ «Se un reato è commesso mediante pubblicazione in un mezzo di comunicazione sociale e consumato per effetto della pubblicazione, solo l'autore dell'opera è punito, fatte salve le disposizioni che seguono.

² Qualora l'autore dell'opera non possa essere individuato o non possa essere tradotto davanti a un tribunale svizzero, è punito il redattore responsabile giusta l'articolo 322^{bis}. In sua mancanza, è punita giusta il medesimo articolo la persona responsabile della pubblicazione.

³ Qualora la pubblicazione sia avvenuta all'insaputa o contro la volontà dell'autore dell'opera, è punito come autore del reato il redattore o, in sua mancanza, la persona responsabile della pubblicazione.

⁴ Non soggiace a pena il resoconto veritiero di deliberazioni pubbliche e di comunicazioni ufficiali di un'autorità.»

Con questa norma il legislatore intendeva semplificare il concetto di responsabilità per i reati mediatici al fine di aggirare le difficoltà legate alla determinazione della responsabilità penale e della portata di tale responsabilità per tutte le persone coinvolte nell'elaborazione di prodotti giornalistici. Inoltre non si voleva sottoporre i responsabili della stampa a una pressione eccessiva, poiché questi non possono controllare la veridicità di ogni testo. Se dovessero farlo, si vedrebbero costretti a rifiutare ogni articolo sospettato di trovarsi ai margini della legalità. Ciò avrebbe come conseguenza una limitazione della libertà di opinione e di informazione; per giunta potrebbe ledere criteri senz'altro validi.¹⁷⁴

In linea di massima l'autore è l'unico soggetto punibile (punibilità primaria). Se l'autore non può essere individuato o non può essere tradotto in giudizio in Svizzera, ad essere punito è il redattore responsabile giusta l'articolo 322^{bis} CP (mancata opposizione a una pubblicazione punibile)¹⁷⁵ in combinato disposto con l'articolo 27 capoverso 2 CP. In sua mancanza, è punita – giusta il medesimo articolo del Codice penale – la persona responsabile della pubblicazione (punibilità sussidiaria). L'articolo 322^{bis} CP disciplina la punibilità del

¹⁷³ In vigore dal 1° aprile 1999, formulazione giusta il n. I della LF del 10 ottobre 1997; RU 1998 1 852 856; FF 1996 IV 449.

¹⁷⁴ Riklin, Medienstrafrecht, pag. 79 segg.

¹⁷⁵ L'articolo 322^{bis} CP recita: «Chiunque, in quanto responsabile giusta l'articolo 27 capoversi 2 e 3, intenzionalmente non impedisce una pubblicazione con la quale è commesso un reato è punito con la detenzione o con la multa. Se ha agito per negligenza, la pena è dell'arresto o della multa».

responsabile della pubblicazione ai sensi dell'articolo 27 capoverso 2 e 3 e sanziona la mancata opposizione intenzionale o per negligenza di una pubblicazione punibile. A norma dei capoversi 3 e 4 dell'articolo 27 CP, qualora la pubblicazione sia avvenuta all'insaputa o contro la volontà dell'autore, è punito il redattore responsabile. La cronaca veritiera di deliberazioni pubbliche e di comunicazioni ufficiali di un'autorità è esclusa dal campo d'applicazione dell'articolo 27 CP e non soggiace a pena.

A questo punto ci si deve chiedere chi, nei vari processi di lavoro che vanno dalla produzione alla pubblicazione di un prodotto mediatico, va considerato responsabile a norma dell'articolo 27 CP. Detto altrimenti: il distributore di un prodotto mediatico è un soggetto partecipante con responsabilità sussidiaria ai sensi dell'articolo 27?

In un caso il Tribunale federale ha dovuto esprimersi sulla responsabilità penale di un libraio.¹⁷⁶ Il Tribunale federale ha constatato che nel caso della diffusione di un libro a contenuto discriminatorio erano adempiuti i presupposti dell'articolo 27 CP e, pertanto, il libraio doveva essere considerato soggetto partecipante ai sensi dell'articolo 27. La posizione del Tribunale federale, secondo cui un libraio è perseguibile penalmente soltanto se l'autore o il redattore di una pubblicazione non possono essere tradotti davanti alla giustizia (responsabilità a cascata) è stata fortemente criticata nella dottrina a causa degli effetti che la limitazione della responsabilità ha sull'insieme del diritto penale dei mass media.¹⁷⁷ Dopo questa sentenza v'è dunque da supporre che in futuro anche altri distributori di prodotti mediatici possano beneficiare della responsabilità a cascata privilegiante e limitativa sancita dall'articolo 27 CP che, in linea di massima, li renderebbe non punibili. Non è ancora chiaro in che misura gli internet provider o gli access provider debbano essere considerati «persona responsabile della pubblicazione» ai sensi degli articolo 27 e 322^{bis} CP.¹⁷⁸

Per quanto concerne l'applicabilità dell'articolo 27 CP all'articolo 261^{bis} CP, nella sentenza in questione il Tribunale federale è giunto alla conclusione che l'articolo 27 CP non sia applicabile alla norma penale sulla discriminazione razziale perché sarebbe in contrasto con l'obiettivo e lo scopo perseguito dal legislatore con articolo 261^{bis} CP.¹⁷⁹ Questa giurisprudenza è stata confermata in una successiva decisione del Tribunale federale.¹⁸⁰

Parte della dottrina argomenta che anche la discriminazione razziale costituisce un reato mediatico ai sensi dell'articolo 27 CP. L'opinione dominante è tuttavia che l'articolo 27 CP non sia applicabile all'articolo 261^{bis} comma 1-3 poiché l'articolo 261^{bis} comma 3 fa assurgere a reato autonomo l'istigazione alle fattispecie sanzionate dall'articolo 261^{bis} commi 1 e 2 CP e, pertanto, prevale in qualità di *lex specialis* sul disciplinamento generale di cui all'articolo

¹⁷⁶ Cfr. decisione 1999-33 (DTF 125 IV 206 consid. 3 c e d, pag. 211 segg.), banca dati CFR.

¹⁷⁷ Riklin Franz, Kaskadenhaftung – quo vadis? in: *Medialex* 4/00, pag. 199 - 208; Schleiminger Dorrit / Mettler Christoph, Strafbarkeit der Medienverantwortlichen im Falle von Rassendiskriminierung. Art. 27, art. 261^{bis} comma 2 CP. Commento alla DTF 125 IV 206. In: *AJP/PJA* 8/00, pagg. 1039-1041; Chaix/Bertossa, lois d'exceptions, pag. 193 segg.; Born Christoph, Wann haften Medienschaffende für die Wiedergabe widerrechtlicher Äusserungen Dritter? in: *Medialex* 1/01, pag. 18.

¹⁷⁸ Se così fosse, la persona responsabile della pubblicazione potrebbe essere chiamata a rispondere in via sussidiaria. La questione è importante qualora l'autore del contenuto pubblicato in internet si trovi all'estero o il contenuto incriminato sia stato attivato all'estero. A questo proposito non sono state ancora emesse sentenze o decisioni.

¹⁷⁹ Cfr. decisione 1999-33 (DTF 125 IV 206 consid. 3 c e d, pag. 211 segg.), banca dati CFR. Se una norma penale mira a vietare pubblicazioni discriminatorie e se ai responsabili di tali pubblicazioni si applicano regimi speciali, ciò sarebbe contrario all'obiettivo iniziale perseguito dal legislatore.

¹⁸⁰ Cfr. decisione 2000-33 (DTF 126 IV 177), banca dati CFR.

27 CP.¹⁸¹ Anche il comma 4 della norma penale sulla discriminazione razziale, ai sensi della summenzionata decisione del Tribunale federale non è qualificabile come reato mediatico. L'eventuale applicabilità dell'articolo 27 CP all'articolo 261^{bis} comma 5 CP non è ancora stata chiarita.

Analizzando la casistica, è utile menzionare un caso in cui le dichiarazioni antisemite rilasciate da un rappresentante di una comunità religiosa erano state riportate in un'intervista giornalistica. Il tribunale competente ha condannato il rappresentante della comunità religiosa per discriminazione razziale, sebbene il testo pubblicato fosse stato scritto da un giornalista. Il tribunale ha ritenuto che il rappresentante religioso doveva in ogni caso essere considerato autore (co)responsabile – e come tale punibile ai sensi dell'articolo 27 CP – poiché «nel caso di un'intervista che, in concreto, è stata rivista e corretta dall'intervistato o dal suo rappresentante di comune accordo, [...] l'intervistato va considerato autore delle proprie dichiarazioni».¹⁸² I giudici hanno inoltre considerato la possibilità di addossare all'intervistatore e al redattore una parte di responsabilità in qualità di complici, in quanto avrebbero, con la loro tecnica d'intervista, provocato le dichiarazioni antisemite.¹⁸³

¹⁸¹ Schleiminger, Basler Kommentar, N 81; Niggli, Kommentar, N 1274; Chaix /Bertossa, lois d'exceptions, pag. 193 segg.

¹⁸² Cfr. decisione 1997-28, banca dati CFR.

¹⁸³ Cfr. decisione 1997-28, banca dati CFR. La responsabilità penale dell'intervistatore e del redattore è stata valutata nel corso di un procedimento penale; la CFR non dispone di informazioni dettagliate al riguardo. A proposito della questione della responsabilità penale dei giornalisti e redattori cfr. decisione 2000-19, banca dati CFR.

10 Conclusioni

Nonostante i timori iniziali, secondo cui l'indeterminatezza della norma contro il razzismo avrebbe comportato problemi in sede di applicazione, si può constatare globalmente che le disposizioni dell'articolo 261^{bis} CP sono state applicate con coerenza.

Nelle pagine precedenti sono state esposte sinteticamente le tendenze generali della giurisprudenza relativa all'articolo 261^{bis} CP. Tuttavia, le indicazioni della prassi giudiziaria non sono facili da analizzare. Questo perché è molto difficile classificare i casi in funzione della situazione di fatto viste le forti differenze tra un caso e l'altro, e ciò rende in parte incongruente la casistica.

Va fatto notare che gran parte dei procedimenti in rapporto all'articolo 261^{bis} CP sono stati abbandonati in seguito alla difficoltà di raccogliere mezzi di prova e che l'applicazione della norma penale contro la discriminazione razziale è stata più volte esclusa in assenza di carattere pubblico. Per molto tempo, infatti, i tribunali hanno applicato un concetto restrittivo di *pubblicità* (carattere pubblico della discriminazione). Così facendo, hanno voluto contrastare il timore che la discriminazione razziale nella sfera privata fosse inclusa nella fattispecie penale. Questa prassi ha provocato una certa incertezza giuridica. La decisione del Tribunale federale del maggio 2004 ha chiarito l'elemento *pubblicità* della fattispecie discriminatoria. La decisione diverge parzialmente dalla giurisprudenza adottata fino a quel momento. Resta da vedere se l'attuale prassi del Tribunale federale verrà confermata in futuro. Anche dopo questa decisione del Tribunale federale le esternazioni e gli atti di discriminazione razziale in un ambiente caratterizzato da relazioni personali restano irrilevanti per il Codice penale, al contrario di quanto spesso sostenuto dai critici della norma penale contro la discriminazione razziale secondo i quali, ad esempio, non è più possibile esprimersi liberamente ai tavoli riservati ai clienti abituali dei ritrovi pubblici (*Stammtisch*). Nei primi dieci anni d'applicazione dell'articolo 261^{bis} CP vi è stato un solo caso su un episodio verificatosi a un tavolo per clienti abituali, e l'imputato è stato prosciolto.¹⁸⁴ Ne consegue che non si sono verificati i procedimenti penali e le denunce paventate dai critici della norma antirazzista.

In generale, la questione del bene giuridicamente protetto dall'articolo 261^{bis} CP ha dato adito a conflitti sia nella dottrina, sia nella prassi.

Sfortunatamente, il Tribunale federale non riconosce alla dignità umana la qualità di bene protetto giuridicamente per tutte le fattispecie sanzionate dalla norma penale antirazzismo. Ciò ha come conseguenza che la qualità di vittima ai sensi della legge concernente l'aiuto alle vittime di reati viene spesso negata a singole persone e che i danneggiati non possono chiedere una riparazione morale.

Anche la questione della cerchia di persone tutelata dalla norma penale è controversa, sebbene ai sensi di quest'ultima anche gli stranieri e i richiedenti l'asilo, spesso vittime di

¹⁸⁴ Cfr decisione 2003-27, banca dati CFR.

aggressioni a sfondo razziale, siano soggetti tutelati ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP nella misura in cui i concetti di *straniero*, *richiedente l'asilo* o simili sono utilizzati come sinonimo di etnia e «razza».

I timori espressi da alcuni critici che la norma penale contro la discriminazione razziale limiti in modo inammissibile o violi il diritto fondamentale della libertà di espressione si sono rivelati infondati. Come esposto nel capitolo 3, l'articolo 261^{bis} CP non lede la libertà d'espressione. Tuttavia, non si può invocare il diritto fondamentale della libertà d'espressione e nel contempo violare il bene giuridico protetto dall'articolo 261^{bis} CP, ossia la dignità umana, negando a determinati individui un'esistenza a pari diritti a causa della loro appartenenza a una «razza», un'etnia o una religione. La libertà d'espressione, infatti, non è assoluta e può essere sottoposta a restrizioni nella misura in cui queste siano necessarie per preservare l'ordine democratico. Pertanto, non è possibile invocare questo diritto fondamentale per giustificare dichiarazioni razziste.

Un ulteriore problema giuridico risiede nel rifiuto di fornire un servizio di cui al comma 5 dell'articolo summenzionato del Codice penale. Non è ancora chiaro in che misura il capoverso sia applicabile anche ai contratti di diritto privato e in particolare ai contratti d'affitto e di lavoro. Ai sensi della direttiva dell'Unione europea 2000/43/CE¹⁸⁵ questo sarebbe auspicabile. Riguardo a questa fattispecie si resta in attesa di una sentenza in merito da parte del Tribunale federale; una decisione in proposito appare necessaria. Con buoni argomenti si potrebbe in particolare deliberare diversamente su parte della casistica di poco conto finora trattata, per fare un esempio concreto nella sospensione di un procedimento concernente il rifiuto di accettare una persona in un locale pubblico.¹⁸⁶

La giurisprudenza dovrà prevedibilmente assumere una posizione chiara a questo proposito.

De lege ferenda occorre puntare sull'estensione dell'ambito protetto dalla norma penale in modo da poter perseguire chi sfoggia in modo ostentatorio simboli di discriminazione razziale, chi compie in pubblico gesti o forme di saluto a contenuto razzista e chi fonda associazioni che pianificano azioni perseguibili ai sensi dell'articolo 261^{bis} CP o vi partecipa. Così facendo si eviterebbero lacune di diritto che potrebbero poi essere sfruttate dai gruppi di estrema destra. La proposta di integrare due articoli nel Codice penale (261^{ter} e 261^{quater}) è un primo passo in questa direzione.

Sulla base di questa concisa analisi sulla casistica relativa alla norma penale contro la discriminazione razziale possiamo affermare che le autorità giudicanti applicano l'articolo in questione con prudenza. Nel confronto internazionale si riscontra in Svizzera cautela anche nella legislazione e, al contrario ad esempio della Francia, sulla punibilità della discriminazione razziale è stata adottata un variante minima. Se, nonostante ciò, l'articolo 261^{bis} CP suscita continue discussioni, le ragioni sono di natura politica, il numero eccessivo di «procedimenti penali inutili» o la giurisprudenza non c'entrano.

¹⁸⁵ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 che attua la parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

¹⁸⁶ Cfr. decisione 2004-23, banca dati CFR. Le argomentazioni alla base di questa decisione di sospensione possono in casi estremi giustificare la segregazione, a nostro modo di vedere ciò è in contrasto con la *ratio legis* dell'articolo 261^{bis} CP. Concretamente questo significa che il procedimento non potrebbe essere sospeso con tale motivazione.

Bibliografia

Opere citate

Chaix François / Bertossa Bernard 2002, La répression de la discrimination raciale: lois d'exceptions? La semaine judiciaire n. 7 giugno 2002 II, pagg. 177-205.

Cit.: Chaix / Bertossa, lois d'exceptions

Niggli Marcel Alexander 1996, Rassendiskriminierung: ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG: mit Rücksicht auf das «Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung» und die entsprechende Regelungen anderer Unterzeichnerstaaten. Zurigo: Schulthess Polygraphischer Verlag.

Cit.: Niggli, Kommentar

Rieder Andreas 1999, Rassendiskriminierung und Strafrecht: Wie bewährt sich Art. 261^{bis} StGB in der Rechtsanwendung? In: Rassendiskriminierung: Gerichtspraxis zu Art. 261^{bis} StGB – Analysen, Gutachten und Dokumentation der Gerichtspraxis 1995-1998, (ed.) GMS, GRA, CFR, Zurigo: Schulthess Polygraphischer Verlag, pagg. 201-223.

Cit.: Rieder, Rechtsanwendung

Riklin Franz 1995, Die neue Strafbestimmung der Rassendiskriminierung. In: Medialex, 1/95, pagg. 36-44.

Cit.: Riklin, Strafbestimmung

Rom Robert 1995, Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht. Entlebuch: Huber Druck, Diss. Zurigo.

Cit.: Rom, Rassendiskriminierung

Schleiminger Dorrit 2003, Art. 261^{bis} StGB. In: Basler Kommentar volume 2 (ed. Niggli Marcel Alexander), Basilea: Helbing & Lichtenhahn.

Cit.: Schleiminger, Basler Kommentar

Stratenwerth Günter 2000, Straftaten gegen Gemeininteressen. Quinta edizione, Berna: Stämpfli Verlag, pagg. 177-187.

Cit.: Stratenwerth, 2000

Trechsel Stefan 1997, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937.

(Kurzkomentar). Seconda edizione, Zurigo: Schulthess Polygraphischer Verlag, N 11 zu Art. 261^{bis}.

Cit.: Trechsel, Kurzkomentar

Documenti

Messaggio del 2 marzo 1992 concernente l'adesione della Svizzera alla Convenzione internazionale del 1965 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale e la conseguente revisione del Codice penale, FF 1992 III 217 segg. Cit.: messaggio del 1992

Rapporto del Gruppo di lavoro interdipartimentale «Coordinamento e attuazione dei provvedimenti nell'ambito dell'estremismo di destra» destinato al Consiglio federale, ottobre 2001, Berna

Disegno di legge federale concernente misure contro il razzismo, la tifoseria violenta e la propaganda violenta

Bibliografia generale sull'articolo 261^{bis} CP

Associazione per i popoli minacciati, marzo 2002, Ein Zeichen der Gerechtigkeit für die vergessenen Opfer von 1915; Für eine Anerkennung des Völkermordes an den Armeniern (documentazione). Berna.

Riklin Franz 1996, «Tamil-Touristen» – Strafbare Rassendiskriminierung? Urteilsbesprechung des Entscheids des Bezirksgerichts St.Gallen vom 18.03.1996, in: Medialex 2/96, pag. 108.

Rupen Boyadjian, novembre 2002, Zum Rechtsfall wegen Leugnung des Völkermords an den Armeniern. Consultabile al sito www.armenian.ch

Vest Hans 2000, Zur Leugnung des Völkermordes an den Armeniern 1915, in: AJP/PJA 1/00, pagg. 66-72

Le autrici

Fabienne Zannol ha concluso gli studi di legge all'Università di Berna nel 2001. Tra il 2002 e il 2003 ha lavorato alla Commissione federale contro il razzismo (CFR), prima come stagista poi per alcuni mesi come collaboratrice scientifica. Da metà 2004 ricopre la funzione di segretaria giuridica presso la Commissione svizzera di ricorso in materia di asilo (CRA).

Gabriella Tau ha ottenuto nel 2004 la laurea bilingue in legge all'Università di Friburgo e si è specializzata in diritto europeo e in diritto ecclesiastico. Nel 2005 ha assolto uno stage di giurista presso la Commissione federale contro il razzismo (CFR).

Sabine Kreienbühl si è laureata in diritto all'Università di Berna con un lavoro di licenza di approfondimento del diritto internazionale. Tra il 2006 e il 2007 ha lavorato nella Commissione federale contro il razzismo (CFR) quale giurista praticante.