



## *Riassunto*

# Discriminazione razziale ai sensi dell'articolo 261<sup>bis</sup> CP Una panoramica

di Marcel A. Niggli e G. Fiolka

## Bene giuridico tutelato

L'articolo 261<sup>bis</sup> CP tutela in primo luogo la **dignità umana**<sup>1</sup>. In via accessoria l'articolo tutela anche l'ordine e la sicurezza pubblici (tranquillità pubblica). Per quest'ultimo punto, tuttavia, non si differenzia da altre disposizioni penali.<sup>2</sup>

## Articolo 261<sup>bis</sup> CP e libertà d'espressione

A prima vista, l'articolo 261<sup>bis</sup> CP contraddice il principio della libertà d'espressione sancito dall'articolo 16 capoverso 2 della Costituzione federale del 18 aprile 1999 (RS 101) e dall'articolo 10 capoverso 1 CEDU.<sup>3</sup> Conformemente all'articolo 10 capoverso 2 della Convenzione, l'esercizio della libertà d'espressione può essere sottoposto a determinate restrizioni al fine di tutelare l'ordine democratico. Ed è proprio questo l'obiettivo perseguito con la norma penale contro il razzismo per quanto attiene alla discriminazione razziale. Chi, fondandosi su motivi quali razza, etnia e religione, nega ad altre persone il diritto ad un'esistenza in condizioni di parità non può invocare a sua difesa questi diritti fondamentali.<sup>4</sup>

## Struttura del reato punito dall'articolo 261<sup>bis</sup> CP

| Cpv. | Tipo d'azione   | Intento   | Destinatario                |
|------|-----------------|---|-----------------------------|
| 1    | Azione pubblica | Incitare all'odio o alla discriminazione                    | Pubblico                    |
| 2    | Azione pubblica | Propagare ideologie   | Pubblico                    |
| 3    | Azione pubblica | Organizzare o incoraggiare azioni di propaganda             | Pubblico                    |
| 4-1  | Azione pubblica | Discreditare o discriminare in modo lesivo la dignità umana | Persona / gruppo (vivi)     |
| 4-2  | Azione pubblica | Disconoscere genocidi o altri crimini contro l'umanità      | Persona / gruppo (decaduti) |
| 5    | Azione pubblica | Rifiutarsi di fornire un servizio destinato al pubblico     | Persona / gruppo (vivi)     |

## Oggetto tutelato

### Gruppo

L'articolo 261<sup>bis</sup> CP tutela gruppi razziali, etnici e religiosi (elenco esaustivo).

Un *gruppo* è generalmente formato da individui che presentano una determinata caratteristica comune (fisionomia, valori, fede, storia), si autopercepiscono come un gruppo e, di conseguenza, provano un sentimento di appartenenza minimo.<sup>5</sup>

A differenza di chi non presenta la suddetta caratteristica comune, gli individui che formano il gruppo devono inoltre essere identificati e trattati come appartenenti ad un gruppo e non come un insieme casuale di individui che presentano la stessa caratteristica.<sup>6</sup>

### Razza

*Per gruppi razziali s'intendono gli Asiatici, i Neri, i Semiti, i Bianchi.*<sup>7</sup>

Le donne, gli uomini, i disabili, i diabetici, le bionde e i meridionali *non sono* gruppi razziali.<sup>8</sup>

### Etnia

Sono considerati *etnia* gli Appenzellesi, i Tedeschi del Nord, i Tamil e i Siciliani.<sup>9</sup>

*Non sono invece etnie* gli Europei, gli abitanti del Terzo mondo, i Nordamericani, i Sudamericani, i punk, gli skinheads.<sup>10</sup>

## Religione

A prescindere dalle religioni tradizionali, l'articolo 261<sup>bis</sup> CP tutela pure i gruppi religiosi i cui membri rappresentano una minoranza.<sup>11</sup> Pertanto, la norma penale fornisce tutela anche all'ateismo. Contrariamente ai fenomeni subculturali, le religioni sono caratterizzate da una relativa stabilità e coerenza di idee e di valori e non sono sottoposte a forti fluttuazioni.<sup>12</sup> Per giunta, è considerazione comune che le religioni non debbano seguire un orientamento volto al profitto – il che può portare ad escludere organizzazioni quali Scientology.<sup>13</sup> Infine, posto il principio della libertà di religione, si può negare la qualifica di religione a un'associazione che esercita coercizione sui propri membri.<sup>14</sup>

## Nazionalità, stranieri, richiedenti l'asilo

L'articolo 261<sup>bis</sup> non si applica alle discriminazioni basate esclusivamente sull'appartenenza nazionale o su categorie giuridiche quali «stranieri» e «richiedenti l'asilo». Se però la nazionalità o i concetti di «straniero» e di «richiedente l'asilo» sono usati per «camuffare» i veri intenti e diventano sinonimi di razza, etnia o religione, la fattispecie dell'articolo 261<sup>bis</sup> è adempiuta.

## Carattere pubblico

L'articolo 261<sup>bis</sup> concerne unicamente azioni commesse in pubblico. Il carattere pubblico di un atto o di un'esternazione risulta per opposizione alla dimensione privata<sup>15</sup>. Di conseguenza, il fattore determinante è l'esistenza di un rapporto di fiducia tra l'autore e i destinatari<sup>16</sup>.

## Fattispecie oggettive

### Capoverso 1: incitamento all'odio o alla discriminazione

Sussiste **discriminazione** quando il principio di uguaglianza viene violato e la disparità di trattamento viene giustificata senza una ragione oggettiva in base a criteri quali razza, etnia o religione, con l'intento o l'effetto di negare ad una persona o ad un gruppo l'esercizio dei diritti fondamentali di cui sono titolari o di limitare o ostacolarne l'esercizio. L'autore della discriminazione contesta, nega o ostacola il diritto di chiunque di beneficiare dei diritti fondamentali.<sup>17</sup>

La nozione di **odio** rinvia al clima e all'atteggiamento ostili che rappresentano la vera origine degli atti di violenza. In questa sede, è irrilevante che l'ostilità si traduca o no in azioni concrete.<sup>18</sup>

Per «**incitare**» s'intende influenzare delle persone in modo duraturo e insistente allo scopo o con il risultato di trasmettere loro un atteggiamento ostile – motivato a livello psichico o emotivo – nei confronti di una determinata persona o di un determinato gruppo a causa dell'appartenenza razziale, etnica o religiosa, di creare un clima ostile per la persona o il gruppo in questione o di rafforzare l'ostilità esistente. In questa sede è determinante che si dia o si crei l'impressione di inferiorità della persona o del gruppo in questione e che, pertanto, questi ultimi non siano titolari degli stessi diritti fondamentali.<sup>19</sup>

## Capoverso 2: propagazione di ideologie

Ai sensi dell'articolo 261<sup>bis</sup> capoverso 2 CP per «**propagare**» s'intende ogni azione o esternazione diretta ad un pubblico più o meno vasto e intesa a far conoscere ai destinatari un determinato contenuto, fattispecie o un apprezzamento.<sup>20</sup>

Oggettivamente parlando (ossia senza apprezzamenti di sorta), l'**ideologia** è un complesso di idee basato su ipotesi determinate e non ulteriormente motivabili, il cui fondamento non viene generalmente esternato. La scelta (spesso celata) di queste ipotesi è dettata da interessi e obiettivi sociali.<sup>21</sup>

Ai sensi dell'articolo 261<sup>bis</sup> capoverso 2 CP un'ideologia è intesa a **discreditare** se afferma che una persona o un gruppo di persone è inferiore rispetto ad altri gruppi.<sup>22</sup>

La menzione del discredito sistematico può avere un contenuto rilevante ai fini della punibilità solo se la sistematicità richiesta dalla fattispecie va oltre il concetto di ideologia.<sup>23</sup> Solo le ideologie che formano un costrutto di idee – ossia che sono definite da relazioni strutturate – sono intese a discreditare o calunniare **sistematicamente**.<sup>24</sup> Non si tratta quindi di idee isolate – che rientrano tutt'al più nel campo d'applicazione del capoverso 4.<sup>25</sup>

## Capoverso 3: azioni di propaganda

L'espressione «**nel medesimo intento**» indica le azioni di propaganda alle quali possono essere ricollegati gli atti di cui all'articolo 261<sup>bis</sup> capoverso 3 CP, ossia azioni propagandistiche che si prefiggono di istigare o incitare all'odio o alla discriminazione o di propagare ideologie intese a discreditare o calunniare sistematicamente una razza, un'etnia o una religione.<sup>26</sup>

Conformemente alla DTF 68 IV 147 segg., la propaganda può oggettivamente consistere in qualunque azione percepibile, quale ad esempio tenere un discorso, dare in prestito o distribuire documenti o libri, esporre fotografie, ostentare emblemi o ancora in semplici gesti.

Le azioni elencate all'articolo 261<sup>bis</sup> capoverso 3 CP configurano **forme di partecipazione indipendenti**.<sup>27</sup> Ciò significa che, ai sensi dell'articolo 21 CP in combinato disposto con l'articolo 261<sup>bis</sup> capoverso 3, anche il tentativo di partecipazione è pu-

nibile.<sup>28</sup> Le azioni di cui all'articolo 261<sup>bis</sup> capoverso 3 CP conferiscono inoltre alle attività preparatorie la qualità di reati autonomi.<sup>29</sup>

Il termine «**organizzare**» contempla quindi le azioni di preparazione e di supporto alla propaganda. I verbi «incoraggiare» e «partecipare» indicano tutte le possibili forme di partecipazione (incluso il finanziamento), se facilitano solo la realizzazione dell'atto di propaganda.

In genere, tutte le fattispecie dell'articolo 261<sup>bis</sup> CP presentano un nesso diretto con il **carattere pubblico** dell'atto o presuppongono un atto commesso in pubblico; ciò non è apparentemente il caso per le fattispecie dell'articolo 261<sup>bis</sup> capoverso 3 CP.

### **Capoverso 4, prima metà: discredito, discriminazione**

È irrilevante che il fatto di discreditare o di discriminare una persona o un gruppo di persone avvenga mediante parole, scritti, immagini o gesti.

L'espressione «**o in modo comunque lesivo della dignità umana**» si propone di completare l'elenco delle possibili modalità di commissione del reato.<sup>30</sup>

In certi casi, la letteratura specializzata parte dal presupposto che la menzione della **dignità umana** al capoverso 4 tende a contemplare unicamente i casi particolarmente gravi.<sup>31</sup>

La qualità di essere umano viene negata ad una persona o a un gruppo anche quando l'affermazione della sua inferiorità o la negazione della parità di diritti riguarda solo un determinato ambito. La dignità umana, infatti, non si limita al mero concetto di «essere umano», ma comprende anche l'uguaglianza generica in tutti gli ambiti.<sup>32</sup> Di norma, il capoverso 4 si applica alle affermazioni in cui si nega ai membri di un determinato gruppo il diritto alla vita («quelli del gruppo X andrebbero ammazzati / avrebbero dovuto essere ammazzati»). Il fatto di attribuire singoli comportamenti e qualità o criticare singoli usi e norme comportamentali non viola generalmente la dignità umana, a meno che non implichi l'inferiorità generica o una minore legittimità di un determinato gruppo.<sup>33</sup>

### **Capoverso 4, seconda metà: negazione del genocidio**

Il principale caso d'applicazione del capoverso è la «**bugia su Auschwitz**». Per **genocidio** s'intendono le azioni contemplate dall'articolo II della Convenzione internazionale del 9 dicembre 1948 per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio e dall'articolo 4 paragrafo 2 dello Statuto del Tribunale internazionale, ovvero omicidio, offesa grave all'integrità fisica o mentale, sottomissione intenzionale del gruppo a condizioni di esistenza che portano alla sua distruzione fisica totale o parziale, misure di controllo delle nascite applicate al gruppo, trasferimento forzato di bambini del gruppo ad un altro gruppo.<sup>34</sup>

Conformemente all'articolo 5 dello Statuto del Tribunale internazionale, per «crimini contro l'umanità» s'intendono i crimini menzionati (omicidio, sterminio, schiavitù

ecc.) se sono stati commessi nel corso di un conflitto armato internazionale o interno, ossia durante o immediatamente prima di tale conflitto.

Vengono presi in considerazione unicamente i fatti suffragati da prove di assoluta certezza, ossia qualora siano generalmente noti e dimostrati sulla base di numerosi resoconti e rapporti attendibili. In sede di processo penale non occorre tuttavia addurre prove sulla verità dei fatti.<sup>35</sup> Questo fatto implica per il giudice una serie di problemi, in particolare nel caso di genocidi recenti o meno conosciuti.<sup>36</sup>

L'atto del **disconoscere** può sussistere anche se gli eventi sono presentati come non documentati, ad esempio quando viene usata la formulazione «presunto sterminio di massa».<sup>37</sup>

«**Minimizzare grossolanamente**» non significa negare un genocidio o un crimine contro l'umanità; in altre parole non si mette in dubbio il fatto che siano realmente accaduti. Ciò nondimeno, si sostiene che la sofferenza delle vittime è di gran lunga meno grave di quanto generalmente supposto (a titolo d'esempio cfr. la fattispecie della sentenza della Corte di cassazione del Tribunale federale del 22 marzo 2000, 6S.719/1999).

«**Cercare di giustificare**» significa legittimare i crimini commessi, accettare le violenze perpetrate<sup>38</sup>. I tentativi di giustificazione possono anche consistere nell'attribuire alle vittime una corresponsabilità o nel considerare ad esempio il genocidio o i crimini contro l'umanità come un effetto collaterale inevitabile riconducibile al conflitto.

Anche per quanto riguarda le varianti di fattispecie dell'articolo 261<sup>bis</sup> capoverso 4 CP non è rilevante il fatto che l'affermazione sia o no diretta ai membri del gruppo.<sup>39</sup>

Infine, chi partecipa alla diffusione di uno scritto negazionista si rende punibile ai sensi dell'articolo 261<sup>bis</sup>, anche se lo scritto non viene commercializzato.<sup>40</sup>

## Capoverso 5: rifiuto di fornire un servizio

Ai sensi dell'articolo 261<sup>bis</sup> capoverso 5 CP, per «**servizio**» s'intendono tutte le merci o le prestazioni fornite al pubblico, inclusa l'intermediazione. Entrano così in linea di conto prestazioni in natura o servizi, ad es. nel settore della ristorazione (ristoranti, alberghi, bar ecc.), nelle attività del tempo libero e di svago (cinema, discoteche, piscine ecc.), nei trasporti (treni e autobus) e nella formazione (scuole, biblioteche, mostre ecc.).<sup>41</sup>

I contratti di lavoro e di locazione sono casi limite problematici.

Per **rifiuto** s'intende, oltre al rifiuto esplicito di fornire la prestazione, anche l'esclusione intenzionale, sia mediante l'omissione di informazione sia mediante la disinformazione.<sup>42</sup>

Contrariamente alle altre fattispecie, nel caso dell'articolo 261<sup>bis</sup> capoverso 5 CP **non è necessario** che l'azione di rifiuto sia stata commessa in pubblico.<sup>43</sup> È sufficiente che il servizio negato sia fundamentalmente destinato al pubblico.

## **Fattispecie soggettiva**

Tutte le varianti di fattispecie possono essere adempiute solo intenzionalmente; ossia l'autore è pienamente consapevole degli elementi oggettivi della fattispecie e intende adempierli. Va detto però che è sufficiente il dolo eventuale – ossia l'autore è consapevole del fatto che, con la sua condotta, realizza la fattispecie oggettiva.

- 
- <sup>1</sup> DTF 123 IV 202, 206 cons. 3a; 124 IV 121, 125 sgg. cons. 2c; 126 IV 20, 24 cons. 1c; 128 I 218 cons. 1.4; più ampiamente: NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 71 sgg.; della stessa opinione: NIGGLI, ZStrR 1999; GUYAZ, discrimination, 241; REHBERG, IV, 180; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 7; di opinione diversa: KUNZ, ZStrR 1998; STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 22 il quale non accetta che la dignità umana e l'ordine pubblico siano considerate bene giuridico tutelato dall'art. 261<sup>bis</sup>; per quanto riguarda la negazione del genocidio valgono altre considerazioni (cfr. DTF 129 IV 95); su questo punto la dottrina non è unanime.
- <sup>2</sup> cfr. SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 7; FIOKA, StGB, prima dell'art. 258 N 2
- <sup>3</sup> Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (RS 0.101)
- <sup>4</sup> NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 573 sgg., 581; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 26; l'articolo 17 CEDU poggia sullo stesso principio.
- <sup>5</sup> Immagine interna del gruppo; autopercezione; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 355; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 12
- <sup>6</sup> Immagine esterna del gruppo; percezione esterna; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 356; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 12
- <sup>7</sup> cfr DTF 124 IV 121, 124
- <sup>8</sup> NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 419
- <sup>9</sup> Niggli, Rassendiskriminierung, N 446; analogamente: REHBERG, IV, 181; RIKLIN, Medialex 1995, 38; TRECHSEL, breve commento, art. 261<sup>bis</sup> N 12; STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 26 e KUNZ, ZStrR 1992, 160 sono scettici e considerano che i gruppi etnici e le etnie cantonali non rientrano nella definizione di etnia; ROM, Rassendiskriminierung, 112 sgg. si oppone.
- <sup>10</sup> NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 446
- <sup>11</sup> CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 182 sgg.
- <sup>12</sup> NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 467
- <sup>13</sup> cfr. NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 477; dettagliatamente: SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 18
- <sup>14</sup> NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 478 sgg.
- <sup>15</sup> NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 700 sgg.
- <sup>16</sup> FIOKA/NIGGLI, AJP 2001, 593 sgg.; FIOKA, StGB, prima dell'art. 258 N 14 sgg.; CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 195 sgg.
- <sup>17</sup> NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 748 con ulteriori rinvii; STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 31
- <sup>18</sup> NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 761
- <sup>19</sup> NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 769; DTF 124 IV 121, 124
- <sup>20</sup> NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 759

- 
- 21 cfr. NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 800 sgg.
- 22 SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 39
- 23 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 853
- 24 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 853; ROM, Rassendiskriminierung, 126; TRECHSEL, breve commento, art. 261<sup>bis</sup> N 20 e 24; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 38
- 25 di opinione diversa STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 33; STRAUSS, Verbot, 230 sgg.; REHBERG, IV, 186 secondo cui anche solo la diffusione di un dogma – ad esempio quello della superiorità della razza bianca – adempie la fattispecie dell'art. 261<sup>bis</sup> cpv. 2.
- 26 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 883; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 42; di opinione diversa GUYAZ, discrimination, 275 sgg.
- 27 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 895.; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 41; GUYAZ, discrimination, 279; MÜLLER, ZBJV 1994, 255; REHBERG, IV, 190; ROM, Rassendiskriminierung, 132; STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 34; CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 189 sgg.
- 28 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1243; GUYAZ, discrimination, 279; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 41; CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 189 sgg.
- 29 CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 187 sgg.
- 30 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 927
- 31 KUNZ, ZStrR 1992, 163; RIKLIN, Medialex 1995, 41; MÜLLER, ZBJV 1994, 257
- 32 La critica di STRATENWERTH, BT/2, § 38 N 36 è scontata.
- 33 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 940 e 946; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 52; e anche RIKLIN, Medialex 1995, 41; REHBERG, IV, 184: «[...] per poter parlare di violazione della dignità umana [deve] essere colpita l'intera personalità».
- 34 cfr. art. 264 cpv. 1; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 971; WEHRENBURG, StGB, art. 264 N 15 sgg.; CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 183
- 35 cfr. DTF 121 IV 76, 85; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 60; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1013
- 36 cfr. CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 184 sgg.
- 37 Decisione del Tribunale federale, Corte di cassazione, 3 marzo 2000, 6P.132/1999, cons. 9 d
- 38 Aspetto etico-morale; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1003 sgg.; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 63
- 39 DTF 126 IV 20, 25
- 40 DTF 127 IV 203, 206 sgg.: pubblicazione di un'inserzione che pubblicizza un libro negazionista
- 41 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1041 sgg.; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 68; MÜLLER, ZBJV 1994, 257
- 42 SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 73
- 43 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1202; SCHLEIMINGER, StGB, art. 261<sup>bis</sup> N 74