

JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

discipline civilistiche
discipline penalistiche - Criminalia
discipline pubblicistiche
filosofia del diritto
storia del diritto

TESTI

CLASSICI

collana diretta da

Italo Birocchi, Marcello Clarich,
Aurelio Gentili, Fausto Giunta,
Mario Jori, Vito Velluzzi

La nozione
di contenuto illecito online

Fattispecie e responsabilità penale
nella prospettiva europea

a cura di

Kolis Summerer, Matteo L. Mattheudakis, Gian Marco Caletti

con la collaborazione di

Paolo Beccari



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Il volume è stato pubblicato con il finanziamento
del Trust & Safety Research Award di Google.*

© Copyright 2025

EDIZIONI ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN cartaceo 978-884677392-0

Il presente PDF con ISBN 978-884677393-7 è in licenza CC BY-NC



INDICE

Prefazione	9
Introduzione	11

SEZIONE 1. PROFILI GIURIDICI DELLO SPAZIO DIGITALE: SICUREZZA, RESPONSABILITÀ E CONTENUTI ILLECITI

Prime riflessioni a margine della legge n. 90/2024. Cybercrime e tutela penale della cybersecurity: un'occasione persa? <i>Roberto Flor</i>	19
La responsabilità penale dell' <i>internet service provider</i> dopo il <i>Digital Services Act</i> <i>Sofia Braschi</i>	27
La responsabilità delle piattaforme per i crimini online nell'ordinamento statunitense: il caso delle "piattaforme illecite" <i>Beatrice Panattoni</i>	37
L'intelligenza artificiale nello "spazio digitale": profili penalistici e nuove sfide regolatorie <i>Olimpia Barresi</i>	51
Come interpretare la nozione di «contenuto illegale» nel quadro del Regolamento sui Servizi Digitali? Riflessioni in un'ottica di diritto dell'Unione <i>Federico Ferri</i>	67
Disinformazione ed ecosistemi digitali: dal paradigma punitivo alle istituzioni di libertà <i>Corrado Caruso</i>	81
Disinformazione e manipolazione del consenso elettorale tra "potere punitivo" delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali degli utenti <i>Emanuele Birritteri</i>	101

SEZIONE 2. OFFESE ALLA PERSONA E CONTESTI DIGITALI: NUOVE PROSPETTIVE

Parte 1. Contenuti sessuali illeciti e molestie digitali

Contenuto illecito online e pedo-pornografia. Ambiguità interpretative tra produzione abusiva, <i>sexting</i> e condotte diffuse <i>Malaika Bianchi</i>	123
---	-----

La propagazione illecita di materiale sessualmente esplicito. Quale tutela penale? <i>Monica Tortorelli</i>	135
La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del “ <i>deepfake</i> ” nella direttiva (UE) 2024/1385 <i>Caterina Paonessa</i>	155
Cyberstalking e cyberbullismo: le fattispecie “analogiche” di fronte alle esigenze di tutela “digitale” <i>Antonella Massaro</i>	175
Le molestie sessuali nell’universo digitale. Riflessioni sulla dimensione “non fisica” della libertà sessuale <i>Matilde Botto</i>	185
<i>Parte 2. Discorsi offensivi nello spazio digitale: reputazione, hate speech e disinformazione</i>	
La repressione delle offese online alla reputazione: tra anomia di contesto e anomia normativa <i>Arianna Visconti</i>	203
Il contrasto all’ <i>online hate speech</i> nel contesto del <i>Digital Services Act</i> : fra <i>private enforcement</i> , meccanismi di compliance e tutela dei diritti fondamentali <i>Alessandra Galluccio</i>	231
Il reato discriminatorio quale “illecito online”: coordinate di diritto interno, comparato ed eurounitario <i>Andrea Perin</i>	239
Punire la menzogna “politica” nello spazio virtuale? Il ruolo del diritto penale nel contrasto alla disinformazione e alla manipolazione del consenso elettorale <i>Anna Costantini</i>	251

SEZIONE 3. VIOLENZA ONLINE E PROTEZIONE DELLE VITTIME:
TRA TUTELA E RIPARAZIONE

La tutela “integrata” della vittima di violenza online nello spazio eurounitario <i>Marco Venturoli</i>	271
Riparare l’illecito online: il ruolo della giustizia riparativa <i>Elena Mattevi</i>	285
Elenco e qualifiche degli autori	297

IL REATO DISCRIMINATORIO QUALE “ILLECITO ONLINE”: COORDINATE DI DIRITTO INTERNO, COMPARATO ED EUROUNITARIO¹

Andrea Perin

SOMMARIO: 1. Le condotte discriminatorie penalmente rilevanti. – 2. Che cos'è penalmente discriminatorio, che cosa non lo è: una discussione aperta. – 3. Spunti per un superamento dell'impostazione compensativa (e della logica binaria che separa “normale” e “diverso”): verso una ri-configurazione universalistica della tutela dell'eguaglianza? – 3.1. Una re-interpretazione “universalistica” (neutra sul piano identitario) è ostacolata da ragioni di diritto positivo? – 3.2. (*Segue*) Oppure da ragioni concettuali dirimenti? – 4. Tutela dell'eguaglianza e protezione della vulnerabilità. – 5. Coordinate di tipicità discriminatoria a tutela della pari dignità e a protezione della vulnerabilità.

1. Le condotte discriminatorie penalmente rilevanti

Il dibattito in materia di diritto penale antidiscriminatorio è degno di interesse, per il giurista italiano, non solo con riguardo alle fattispecie già previste dall'ordinamento interno (principalmente agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.)², ma anche alla luce degli strumenti adottati dall'Italia e dall'UE intesi a rafforzare il contrasto alla violenza discriminatoria³, nonché in ragione della clausola antidiscriminatoria spesso presente nelle convenzioni internazionali contenenti obblighi di criminalizzazione⁴.

¹ Il contributo elabora la relazione svolta dell'autore nell'ambito del convegno su “La nozione di contenuto illecito online. Fattispecie e responsabilità penale nella prospettiva europea”, tenutosi presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna (29 e 30 novembre 2024).

² Cfr., in Italia, anche per altri riferimenti, L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli, 2019; A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, “discorso d'odio” e libertà di espressione nell'era di internet*, Giuffrè, Milano, 2020; S. PRANDI, *L'uguaglianza violata. Uno studio sull'atto discriminatorio nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2024; A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell'offesa alla pari dignità*, Giappichelli, Torino, 2024, spec. pp. 104 ss. dove si indicano altre ipotesi riconducibili ai reati *lato sensu* discriminatori, per es. per l'applicabilità di circostanze aggravanti rispetto alle quali ciò che rileva non è il motivo/fine discriminatorio quale elemento psichico, bensì, oggettivamente, la circostanza che la persona offesa sia un target vulnerabile per la sua effettiva condizione di fragilità, oppure in ragione delle “relazioni strette” fra agente e vittima. Quanto alle diverse declinazioni categoriali dell'odio online, anche in considerazione del tipo di effetto-pericoloso qualificante, cfr. la panoramica di I. GAGLIARDONE, *Defining Online Hate and Its “Public Lives”: What is the Place for “Extreme Speech”?*, in «Intern. J. Communication», 13 (2019), pp. 3068 ss.

³ In materia di violenza di genere, intesa come specie di violenza discriminatoria, v. la *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* (cd. Convenzione di Istanbul, 2011); strumento già ratificato dall'Italia (L. 77 del 27 giugno 2013) e al quale dal 1° ottobre 2023 ha aderito l'UE. Cfr. inoltre la più recente *Direttiva 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica*, del 24 maggio 2024.

⁴ Per es., l'art. 2 della cd. Convenzione MEDICRIME (*Convenzione del Consiglio d'Europa sulla contraffazione dei prodotti sanitari e reati affini che rappresentano una minaccia per la salute pubblica*, Mosca, 2011), che prevede

Non è però agevole definire, di volta in volta, già con riguardo alle figure previste dal legislatore interno, i contorni di ciò che potremmo definire “tipicità discriminatoria”⁵; e il problema riemerge di fronte al Regolamento (UE) 2022/2065, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (cd. *Digital Services Act*)⁶, che, nel ricorrere ad una nozione ampia di «illecito online»⁷, si riferisce anche al «discorso d’odio» e, più in generale, alle «azioni discriminatorie» che possano essere commesse in rete. Così, per es., già al *Considerando 12* troviamo un richiamo all’«illecito incitamento all’odio» e ai «contenuti discriminatori illegali»; mentre al *Considerando 40* si mette in rilievo l’opportuna adozione di strumenti a tutela degli «utenti particolarmente esposti al rischio di essere vittima di discorsi d’odio, molestie sessuali o altre azioni discriminatorie», fra cui i minori.

Ciò premesso, il presente contributo è inteso a offrire spunti in due direzioni. La prima parte (sez. 2-3) riguarda i controversi margini della tutela penale dell’egualianza alla luce dell’oggetto di tutela (principalmente con riguardo agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., ma anche in ottica generale e comparatistica). In secondo luogo (sez. 4), qualche considerazione è dedicata a tecniche di tutela, rinvenibili in altre esperienze e dettate da strumenti sovranazionali, idonee a suggerire alternative all’impostazione che, in materia antidiscriminatoria e di tutela della vulnerabilità, promette protezione rafforzata mediante il ricorso a circostanze aggravanti⁸.

obblighi di tutela penale in materia di contraffazione di prodotti sanitari e che sarà ripresa in seguito, recita quanto segue: *Principle of non-discrimination*: «The implementation of the provisions of this Convention by the Parties, in particular the enjoyment of measures to protect the rights of victims, shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, age, religion, political or any other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth, sexual orientation, state of health, disability or other status». Si rinvia ai contributi raccolti in AA.VV., *La Convenzione MEDICRIME sulla contraffazione dei prodotti sanitari e la tutela della salute pubblica in Italia*, in «Sist. pen.», n. spec., a cura di O. Alarcón-Jiménez, L. Masera, A. Perin, L. Salazar (2024).

⁵ Cfr. i contributi cit. *supra* in nota 2.

⁶ V., per una lettura d’insieme e altri riferimenti, A. TURILLAZZI, M. TADDEO, L. FLORIDI, F. CASOLARI, *The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications*, in «Law, Innovation and Technology», 15/1/83 (2023), spec. pp. 93 ss., 101-102, criticamente, sulla nozione indeterminata di «illegal content» («the DSA is unclear whether the focus must be on illegal – and/or harmful – content. There is no clear definition of what is harmful and what is illegal»), anche in considerazione delle diverse discipline (penalistiche) degli Stati dell’UE, e sull’approccio del DSA relativo agli obblighi di rimozione di tali contenuti (per es. perché ritenuti discriminatori o comunque di incitamento all’odio e/o alla violenza) di fronte al principio della libertà di espressione.

⁷ L’art. 3, lett. b, si riferisce invero alla vaga nozione di «illegal content» («contenuto illegale», nella versione italiana), con riguardo a «qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un’attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell’Unione o di qualunque Stato membro conforme con il diritto dell’Unione, indipendentemente dalla natura o dall’oggetto specifico di tale diritto». V. la nota precedente.

⁸ In materia di circostanze, cfr. fra gli altri G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè, Milano, 1983; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, CEDAM, Padova, 2000; A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Giappichelli, Torino, 2010; I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Giappichelli, Torino, 2023.

2. *Che cos'è penalmente discriminatorio, che cosa non lo è: una discussione aperta*

Come si configura il diritto penale a tutela dell'eguaglianza?

La logica tradizionalmente sottesa al diritto antidiscriminatorio, anche quando applicata al diritto penale, risponde al seguente schema bi-fasico: il legislatore (si pensi agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.) individua fattori discriminatori (razza o etnia, religione, nazione; volendo, *de lege ferenda*: sesso/genere, orientamento sessuale, identità di genere, disabilità, età, ecc.); e questi fattori, generalmente rilevanti sul piano dei moventi o dei fini sottesi alla condotta, vengono intesi a offrire una tutela rafforzata-selettiva alle persone appartenenti a gruppi o collettivi minoritari e/o vulnerabili.

Per cui, per es., pronunciare frasi gravemente offensive e minacciose con riferimento al colore della pelle, all'indirizzo di una persona di pelle nera, può integrare – oltre al fatto base (poniamo per ipotesi, una violenza privata), anche – l'aggravante dell'odio razziale. Mentre invece si esclude l'applicabilità del regime aggravato se la persona offesa, di pelle bianca, non appartiene ad un gruppo percepito come vulnerabile.

Perché?

Perché, secondo un orientamento che potremmo definire "tradizionale", in Italia prevalente, l'identità definita (anche) dall'essere bianco non sarebbe «correlata ad una situazione di inferiorità suscettibile di essere discriminata»; l'offesa, nel caso di frasi offensive all'indirizzo di una persona di pelle bianca, riguarderebbe soltanto «la persona singola verso la quale si abbia disistima», non il collettivo di riferimento, che non avrebbe alcun bisogno di tutela rafforzata⁹.

Pertanto, in quest'ottica, non è la dignità del singolo (di chiunque) ad essere tutelata; bensì la *dignità associata alla vulnerabilità del gruppo* a cui appartiene la persona offesa (in base ad una sua certa caratteristica), una *dignità che si ritiene non sufficientemente riconosciuta* sul piano generale (sociologico, culturale) e che quindi richiede un intervento compensativo. L'obiettivo politico-criminale consisterebbe nel riequilibrare per mezzo della pena rapporti strutturalmente diseguali fra determinati gruppi umani (l'argomento è speso e ripetuto spesso, in letteratura, anche in materia di violenza di genere *contro le donne*). La pena, dunque, si presta ad essere intesa come "azione positiva" e ad essere ricondotta all'alveo dell'art. 3, co. 2, Cost. (l'eguaglianza sostanziale assumerebbe una funzione aggravante o criminalizzante)¹⁰.

⁹ Cass. pen., Sez. V, 28 gennaio 2010 (25 marzo 2010), 11590.

¹⁰ Per una critica a questa impostazione, per certi versi paradossale, inutile e dai risvolti illiberali, contrari al principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 1, Cost.), si rinvia a quanto argomentato in PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., pp. 293 ss., spec. 304 ss.

3. *Spunti per un superamento dell'impostazione compensativa (e della logica binaria che separa "normale" e "diverso"):
verso una ri-configurazione universalistica della tutela dell'eguaglianza?*

L'impostazione "tradizionale" pone almeno due classi di problemi.

All'atto pratico, attesi determinati fattori discriminatori (fattori la cui predeterminazione legislativa solleva, come noto, un dibattito in sé¹¹), occorre definire: *a*) le *categorie soggettive vulnerabili* (per es.: gruppi etnici, identità di genere, gruppi religiosi, ecc.), e *b*) *chi* vi possa concretamente essere ricondotto, cioè le caratteristiche personali idonee a ricomprendere fatto e vittima all'interno dello spettro di tutela dell'eguaglianza.

Questo profilo, rilevante in sede di accertamento giudiziale, spiega – ma, a giudizio di chi scrive, non giustifica – la scelta del legislatore spagnolo, adottata mediante la *Ley Orgánica 8/2021*, di rendere imputabile l'aggravante antidiscriminatoria di cui all'art. 22.4 del *Código penal*, a prescindere dal fatto che le condizioni o circostanze a cui si riferiscono i motivi discriminatori sussistano effettivamente nella persona su cui ricade la condotta¹².

L'aggravante è infatti data dal:

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.

Il motivo aggravante è quindi imputabile non solo benché non sia accertata l'appartenenza della vittima a un determinato gruppo discriminato per i motivi indicati dalla norma (accertamento richiesto dalla giurisprudenza spagnola prima della riforma), ma anche qualora il fattore identitario sia meramente *putativo*, in quanto ritenuto erroneamente esistente dall'agente. Sotteso a questa soluzione, quindi, si vede l'obiettivo di superare uno scoglio probatorio, altrimenti posto dalla necessità di dimostrare l'appartenenza della vittima ad un gruppo determinato (ciò che ancor prima impone la definizione di quali gruppi o collettivi siano riconducibili alla tutela promessa dal rilievo

¹¹ Anche su questo dibattito, per altri richiami, sia consentito rinviare a PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., pp. 118 ss.

¹² La prima versione dell'art. 22.4 c.p.es., introdotto dalla *LO 4/1995* (norma succeduta a sua volta all'art. 10.17 c.p.es. previgente), prevedeva che costituisse circostanza aggravante: «*Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca*».

aggravante assegnato ad un determinato fattore discriminatorio) e di rendere applicabile l'aumento di pena anche in ipotesi di errore sull'identità della persona offesa¹³.

Chiaramente, quindi, questa scelta svela che ciò che conta (giustificando, nella prospettiva del legislatore spagnolo, il regime più severo) è soltanto il *disvalore etico/morale del movente* e la riprovevolezza dell'intenzione¹⁴. Non vi è una maggiore offensività tangibile a fondare l'aumento della pena.

Sul piano teorico, a monte di soluzioni di questo genere, ci si può tuttavia legittimamente domandare se l'impostazione focalizzata sulla tutela del “diverso”, della “minoranza”, del soggetto “vulnerabile”, sia obbligatoria, o comunque sempre accettabile e compatibile con una corretta declinazione dell'oggetto di tutela. Si tratta di un profilo particolarmente delicato in termini astratti, ma anch'esso presenta notevoli risvolti pratici.

La matrice dell'oggettività giuridica di riferimento, in effetti, non è affatto chiara.

Il codice penale italiano qualifica le figure di cui agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. come delitti contro l'eguaglianza e le inserisce fra i delitti contro la libertà individuale. L'impostazione adottata dal legislatore suggerisce quindi che i *delitti contro l'eguaglianza* possono essere intesi come *delitti contro la libertà*.

In letteratura si ricorre talvolta, in vario modo, all'idea dell'integrità collettiva, per cui la tipicità discriminatoria (a seconda delle figure di riferimento) sarebbe segnata dall'idoneità della condotta a generare il rischio di una successiva escalation di violenza ai danni delle persone appartenenti ai gruppi discriminati; e anche a generare in altri componenti di quel gruppo (minoritario, vulnerabile, protetto) il timore di essere vittime di reati simili. Quindi: ci si muove sul terreno di un pericolo poco concreto e guardando a un bene giuridico che assume le sembianze dell'ordine pubblico (del resto, l'ordine pubblico è richiamato anche dall'art. 8, sulla *Istigazione alla violenza o all'odio online*, della citata Direttiva 2024/1385, sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica).

Ciò premesso, pare lecito domandarsi se la tutela penale della *pari dignità* possa invece riguardare *chiunque*, a prescindere dal gruppo o dai collettivi di appartenenza, benché soltanto per certe ragioni predefinite dal legislatore (i fattori discriminatori). La

¹³ Cfr. la sent. del *Tribunal Supremo*, n. 66/2022, cit. da A. DOVAL PAIS, *Víctima del delito y víctima de la discriminación. La relevancia de la víctima en la circunstancia agravante del art. 22.4ª del Código Penal*, in «Rev. victimología», 18/133 (2024), p. 153.

¹⁴ Sul rapporto fra motivi aggravanti e colpevolezza, cfr. anzitutto P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 318-319 e *passim*, il quale argomenta e sostiene l'idoneità dell'indagine motivazionale ad «illuminare il significato del fatto», «colorandolo in termini di maggiore o minore disvalore» (purché, specifica l'autore, detta valutazione non valga «per altre caratteristiche dell'autore, avulse rispetto al fatto: esempio, il carattere»); per argomenti ritenuti invece idonei a escludere il rilievo autonomo dei motivi abietti sul piano della colpevolezza e della pena, PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., pp. 151 ss., spec. 195 ss.; in sintesi, si tratterebbe di considerare il carattere assorbente del dolo (*ne bis in idem*) e, se del caso, il rilievo possibilmente attenuante o scusante della personalità socio-culturalmente immatura mostrata dall'inclinazione motivazionale dell'autore del fatto (cfr. Corte cost. 364/1988, specie con riguardo al rilievo dell'art. 3, co. 2, Cost).

questione, in altri termini, consiste nel chiedersi se un'aggravante come quella prevista all'art. 604-ter c.p., e figure come quelle coperte dall'art. 604-bis c.p., possano essere applicate anche a fatti commessi a danno di chi non appartenga a gruppi "minoritari" o "vulnerabili"; o in contesti nei quali quel determinato collettivo non appaia in quanto tale vulnerabile. Le due persone di cui sopra, quella di pelle bianca e quella di pelle nera, verrebbero tutelate penalmente alle stesse condizioni. E sul piano comunicativo la pena agirebbe in senso egualitario, non in senso compensativo.

L'ipotesi affacciata, intesa a evitare discriminazioni alla rovescia sul piano penalistico (non dimentichiamo che grazie all'art. 27 co. 1 Cost. la responsabilità penale è personale, non identitaria), si scontra però con la giustificazione tradizionale di questa classe di tutela, che viene per lo più ricondotta alla necessità di protezione rafforzata e compensativa – la pena come "azione positiva" – a favore delle persone appartenenti a certi gruppi (atteso, si badi bene, soltanto un loro carattere identitario).

3.1. *Una re-interpretazione "universalistica" (neutra sul piano identitario) è ostacolata da ragioni di diritto positivo?*

Dipende.

Alcune disposizioni penali antidiscriminatorie (si pensi per es. alle ipotesi di incitamento o istigazione di cui all'art. 510 c.p. spagnolo; ai fatti discriminatori in senso stretto puniti ai sensi degli artt. 511, 512, 314 dello stesso c.p.es.; oppure, alle figure di "femminicidio" disciplinate come fattispecie autonome o configurabili mediante la previsione di circostanze aggravanti motivazionali applicabili al tipo-base di omicidio¹⁵) indicano fattori discriminatori – rilevanti sul piano dei fini o dei moventi – costruiti attorno a *gruppi umani concreti e specifici* (non solo a categorie di pregiudizi): per es. l'*antisemitismo* (contro gli ebrei), l'*antiziganismo* (contro i popoli rom, sinti o altri gruppi), o la *aporofobia* (contro le persone prive di mezzi materiali).

In questi casi non c'è spazio per interpretazioni alternative: la tutela rafforzata non riguarda genericamente il discorso o il fatto razzista (mosso da razzismo o con fine razzista, a seconda dei casi) commesso nei confronti di chicchessia, ma il discorso o il fatto commesso contro la persona ebrea, contro la persona rom, contro la persona priva di mezzi.

Altre norme però – è il caso per es. del codice italiano – sono *neutre sul piano identitario*, perché associano la rilevanza del discorso o del fatto discriminatorio (604-bis c.p.) o l'inasprimento della pena (604-ter c.p.) a un certo *fattore o motivo o fine* discriminatorio *generalizzabile*. Per cui la scelta interpretativa di ritenere tipica o aggravata l'offesa *solo* se rivolta ad una persona nera e non anche se rivolta contro una persona bianca (laddove il fattore rilevante sia l'etnia o la razza) è discutibile ed emendabile.

¹⁵ Per alcune annotazioni ulteriori su questi riferimenti normativi, si rinvia nuovamente a PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., pp. 83 ss. Sul "femminicidio", v. *infra*, nota 21.

3.2. (Segue) Oppure da ragioni concettuali dirimenti?

Qui il discorso si fa più complesso e si tratta di capire se, laddove non vi siano ostacoli sul piano del diritto positivo oppure *de iure condendo*, vi sia spazio per riflettere sull'opportunità di applicare l'apparato sanzionatorio a tutela dell'eguaglianza *anche* al fatto commesso, per es., per ragioni legate al sentimento religioso, pur quando quel tratto culturale, che definisce l'identità della vittima, sia *prevalente* o *non minoritario* o *non generalmente/strutturalmente discriminato* in un contesto sociale e/o in un momento storico determinato.

L'ipotesi sarebbe quella di configurare una tutela penalistica non più riferibile solo a identità contestualmente "protette" (la tutela del "diverso"), perché tutelata sarebbe qualunque identità, ma solo per certe ragioni predefinite dal legislatore (per es.: origine, etnia o nazionalità, condizione socioeconomica, età o abilità, religione, cultura politica e identità sessuale)¹⁶.

Quali possibili argomenti in questa direzione?

Una ragione riguarderebbe il contenuto della "pari dignità" quale oggetto di tutela, il cui senso potrebbe essere colto, non tanto nella presunta/strutturale vulnerabilità su base identitaria, bensì nel principio di autodeterminazione quale obiettivo "mediato" dalla tutela "mediante" delle pari opportunità: tutelata sarebbe la "*libertà di*" (essere chi si è) in una società pluralistica nella quale – almeno con riguardo ad alcuni fattori – "*normale*" e "*diverso*" smettano di esistere¹⁷.

E poi, all'atto pratico, si supererebbero anche aporie evidenti derivanti dall'applicazione delle logiche antidiscriminatorie al diritto penale: aporie che si mostrano nel momento in cui si pretende di applicare un trattamento differenziato (aggravante) in base alla probabilità presunta che un individuo, ricondotto ad un certo gruppo per una sua caratteristica fra molte, abbia di essere vittima di un certo tipo di illecito. Giustamente ci si chiede: dovremmo «condannare lo stupratore [eterosessuale] Tizio ad una pena più consistente perché le sue vittime sono soltanto donne, e il suo quindi è considerato anche un atto sessista, contro le donne, mentre invece dovremmo condannare ad una pena più lieve lo stupratore bisessuale Caio, anche se il numero di vittime di violenza è il medesimo per Tizio e Caio?»¹⁸

¹⁶ Così, nella proposta di riformulazione – sul terreno di un'offensività tangibile – avanzata Ivi, p. 312, secondo cui sarebbe configurabile la circostanza aggravante «[...] se il fatto è commesso cagionando volontariamente una coercizione della persona offesa, la quale, a prescindere dal gruppo o collettivo di appartenenza, risulti concretamente discriminata per la sua origine, etnia o nazionalità, per la sua condizione socio-economica, età o abilità, per la sua religione, cultura politica o identità sessuale».

¹⁷ Ivi, pp. 286 ss.

¹⁸ G. MANIACI, *Aporie e distorsioni del femminismo radicale*, in «Dir. & Quest. pubbl.», 16/2, pp. 342-343.

4. Tutela dell'eguaglianza e protezione della vulnerabilità

Quanto detto però non porta ad escludere la possibilità, in alcune ipotesi, di configurare forme di tutela “dedicata” e basata sulla individuazione di categorie vulnerabili. L'ipotesi di studio, piuttosto, potrebbe essere quella di separare – e configurare diversamente sul piano del diritto positivo – due ambiti distinti di tutela (che oggi vengono generalmente confusi o sovrapposti):

- a) da una parte, quello della *tutela antidiscriminatoria*, cioè della tutela della “pari dignità” come eguale autodeterminazione, a prescindere dall'appartenenza della persona offesa ad un gruppo/collettivo “protetto”;
- b) dall'altra, quello della *tutela della vulnerabilità*, che invece può opportunamente riferirsi a gruppi “protetti”; e il DSA, per quanto qui interessa, mette un accento pronunciato sulla tutela dei minori, quali utenti particolarmente esposti al rischio di essere vittime di discorso d'odio, molestie o altre condotte discriminatorie online (già ai *Considerando 40, 62 e 104*, e poi all'art. 28).

Su questo secondo terreno si tratta di riflettere su quale possa essere la tecnica di tutela più sensata.

Sul piano penalistico-sanzionatorio, l'interrogativo riguardante la tecnica più opportuna a protezione della “vulnerabilità” potrebbe essere posto nei seguenti termini: *che cosa significa offrire “tutela rafforzata”?*

Tradizionalmente, al di là del ricorso a figure *ad hoc*, come il delitto di circonvenzione di incapaci (art. 643 c.p.), si procede mediante la previsione di circostanze aggravanti¹⁹, quindi la tutela appare “rafforzata”, in ottica general-preventiva, ma anche simbolico-comunicativa, perché più severo è il regime sanzionatorio associato a un illecito *se qualificato* dall'offesa a una persona vulnerabile (o dal suo coinvolgimento). Questo cammino è preso, per es., nel prevedere l'aggravante comune di cui all'art. 604-ter c.p.; nonché le ulteriori aggravanti rispetto alle quali ciò che rileva è la fragilità della persona offesa²⁰; oppure, tramite la previsione di fattispecie autonome qualificate e aggravante, rispetto alla figura base, dall'identità della vittima – in quanto appartenente ad un gruppo/collettivo storicamente discriminato – e dal sotteso movente discriminatorio (è il caso, di nuovo, del delitto di “femminicidio”, previsto da tempo in alcuni ordinamenti – generalmente quale uccisione dolosa di una donna qualificata

¹⁹ Sulle numerose ipotesi aggravanti previste a tutela del minore, rappresentando criticamente un quadro normativo sordinato e disorganico, v. D.M. SCHIRÒ, *Circostanze del reato e tutela del minore*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1 (2020), p. 107, spec. pp. 111 ss.

²⁰ Si pensi all'aggravante di cui all'art. 61, co. 1, n. 5, c.p., data dall'aver «profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età [elemento inserito dalla stessa L. 94/2009], tali da ostacolare la pubblica o privata difesa»; quella di cui al n. 11-ter, data dall'aver «commesso un delitto contro la persona ai danni di un soggetto minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o di formazione»; il n. 11-quinquies, imputabile per «avere, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza».

dal *motivo di genere*, talvolta quale reato proprio dell’agente di sesso maschile – e ora introdotto anche in Italia)²¹.

Una figura rilevante in questo senso è quella prevista all’art. 153.1 c.p. spagnolo, che prevede una forma aggravata (ma limitatamente al minimo edittale) di maltrattamenti e percosse²² applicabile, fra l’altro

cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él [l’autore del fatto] por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia.

Tuttavia, esistono alternative (all’inasprimento del regime sanzionatorio), tra le quali quella di ricorrere – non all’effetto aggravante, bensì – a un arretramento della soglia del pericolo come elemento di tipicità.

Un esempio significativo si rinviene nuovamente nel codice penale spagnolo (c.p.es.), laddove è stato riformato per dare attuazione alla citata Convenzione MEDICRIME del Consiglio d’Europa in materia di falsificazione di prodotti sanitari e tutela della salute pubblica²³.

La figura di riferimento è quella prevista dall’art. 361-*bis* c.p.es., aggiunta dalla *Ley orgánica 8/2021*, che si inserisce in un apparato di disposizioni incriminatrici relative a condotte di produzione e commercio di prodotti sanitari contraffatti accomunate dal requisito del pericolo concreto o quantomeno “astratto-concreto” (richiedendo che si «*genere un riesgo para la vida o la salud de las personas*»²⁴).

²¹ Dalla L. 2 dicembre 2025, n. 181, che prevede il nuovo art. 577-*bis* c.p. Sul carattere per nulla liberale e men che meno solidaristico di questa figura aggravante, inutile sul piano preventivo-repressivo e paradossale su quello comunicativo, configurata anche nello schema di d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri n. 117 del 7 marzo 2025 (nuovo art. 577-*bis* co. 1 c.p., previsto dall’art. 1), facendo leva su una categoria di motivi abietti («... quando il fatto è commesso come atto di discriminazione o di odio verso la persona offesa in quanto donna o per reprimere l’esercizio dei suoi diritti o delle sue libertà o, comunque, l’espressione della sua personalità»), cioè “motivi di genere” o fini di discriminazione di genere, e punibile con l’ergastolo, sia consentito rinviare alle considerazioni svolte, in chiave comparatistica, in PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., pp. 7 ss., 20 ss. (sul nesso storico-concettuale fra motivi e pericolosità), 123 ss. (sul cd. motivo di genere), 140 ss. (sulle ipotesi aggravate vigenti già riconducibili al medesimo ambito criminologico), 188 ss. (criticamente sulle tesi che giustificano l’effetto aggravante dei motivi sul piano della concezione normativa della colpevolezza), 308 ss., spec. 316-317 (contro la configurabilità di una fattispecie autonoma di omicidio-qualificato aggravata da motivi/fini o da effetti discriminatori).

²² Al riguardo, per ulteriori note critiche e riferimenti, PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., pp. 88 ss. Si noti che la fattispecie-base (art. 153.2 c.p.es.) richiede comunque che fra agente e vittima vi siano (stati) rapporti stretti.

²³ V. *supra*, nota 4. Inoltre, nella manualistica spagnola, S. ROMEO MALANDA, *Delitos contra la seguridad colectiva II. Delitos contra la salud pública*, in *Derecho penal. Parte especial*, a cura di C.M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, M.A. Boldova Pasamar, Comares, Granada, 2023³, pp. 671 ss., 677 ss., specie sulla riforma attuata dalla *Ley orgánica 2015/1* all’apparato dei cd. «*delitos farmacológicos*» (artt. 361, 362, 362-*bis*, 362-*ter*, 362-*quater*, c.p.es.).

²⁴ Per es., l’art. 361 c.p.es., che riguarda le ipotesi di medicinali non autorizzati o quelli (originariamente genuini) deteriorati, e punisce (con la reclusione da 6 mesi a 3 anni, una sanzione pecuniaria e l’interdizione dalla professione o dall’ufficio da 6 mesi a 3 anni) chiunque «*fabrique, importe, exporte, suministre, intermedie, comercialice, ofrezca o ponga en el mercado, o almacene con estas finalidades, medicamentos, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación, que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley,*

L'art. 361-*bis* c.p.es. riguarda invece condotte contro persone vulnerabili (per età o disabilità) e punisce (in modo relativamente meno severo rispetto ad altre fattispecie: con pena pecuniaria e con la reclusione da 1 a 3 anni) la diffusione online di contenuti diretti a promuovere il consumo, fra minori e disabili, di prodotti (*productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios*) «cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas»²⁵.

Da notare, al riguardo, due aspetti: l'attinenza, pacifica, di questa figura alla nozione ampia di «contenuto illecito online» (il *Considerando 12* del DSA fa esplicito riferimento anche alla «vendita di prodotti non conformi o contraffatti»; il *Considerando 80* ai «prodotti pericolosi o contraffatti»); inoltre, in ragione delle condotte sanzionate e del tipo di vittima, il pericolo richiesto è di tipo astratto: basterebbe infatti l'*idoneità a generare pericolo per la salute delle persone*. La tutela “anticipata” è, quindi, potremmo dire, *collettivamente selettiva* in quanto configurata in funzione di *categorie di vittima*.

5. Coordinate di tipicità discriminatoria a tutela della pari dignità e a protezione della vulnerabilità

Da questi appunti pare possibile, in conclusione, indicare due possibili coordinate generali utili a guidare la configurazione positiva e interpretativa della “tipicità discriminatoria”, anche quale residuale e composito sottoinsieme-intersezione della “illiceità online”.

Da un lato, emerge la possibilità di intendere in senso universalistico la tutela dell'eguaglianza di cui agli art. 604-*bis* e *ter* c.p. (una tutela neutra sul piano identitario, ma predefinita quanto ai fattori rilevanti): il che implica una potenziale espansione di quella “tipicità discriminatoria”²⁶, che andrebbe bilanciata – e in realtà notevolmente

o productos sanitarios que no dispongan de los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general, o que estuvieran deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia», richiede inoltre che la condotta «genere un riesgo para la vida o la salud de las personas».

²⁵ La fattispecie punisce la «distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover o facilitar, entre personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas».

²⁶ Il rischio sotteso al modello “selettivo”, che promette tutela rafforzata a determinati gruppi (minoritari, vulnerabili, discriminati), è quello di mettere in secondo piano il disvalore del fatto basato su ragioni discriminatorie e di assegnare implicitamente – o di avallare letture in base alle quali i loro membri sarebbero titolari di – una dignità qualificata all'appartenenza al gruppo o collettivo. Ecco perché il «diritto penale antidiscriminatorio, se non applicabile a *tuttà* e a *tutela di tuttà*, ancorché *solamente per le ragioni identificate dal legislatore*, diviene uno strumento esso stesso irragionevolmente discriminatorio: a danno degli *autori* di fatti riconducibili alla tutela rafforzata, da una parte; e delle *vittime* di fatti offensivi che, non appartenendo a gruppi protetti o non essendo inquadrate da generalizzanti fotografie criminologiche e automatizzanti massime di esperienza, non si vedono riconosciuta la medesima dignità, dall'altra» (PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., pp. 120, 301-302).

limitata – dalla selezione delle sole figure dell’art. 604-*bis* c.p. compatibili con il canone di concreta offensività²⁷ e tenendo conto della definizione del bene giuridico in rilievo come eguale autodeterminazione²⁸.

Dall’altro, si coglie la possibilità di anticipare la soglia della rilevanza penale del fatto, quando si tratti di target vulnerabili (per età o abilità): quindi, anche qui, avremmo una espansione “collettivamente selettiva” dell’ambito di “tipicità discriminatoria”, mediante arretramento della soglia del pericolo rilevante (a tutela della salute pubblica); espansione mirata che, come ha opportunamente fatto il legislatore spagnolo (art. 361-*bis* c.p.es.), andrebbe bilanciata sul piano del regime sanzionatorio, calibrandolo al ribasso.

²⁷ Su questa discussione, cfr. gli Atti pubblicati in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell’AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, Edizioni DiPLaP, 2023, pp. 762 ss.; inoltre, GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., *passim*; PRANDI, *L’uguaglianza violata*, cit., *passim*.

²⁸ La riconfigurazione dei delitti di parola di cui all’art. 604-*bis* c.p. potrebbe seguire, *mutatis mutandis*, la proposta *de lege ferenda* elaborata con riguardo all’art. 604-*ter* c.p. in PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie*, cit., pp. 307 ss., spec. 312 (*supra*, nota 16).

