

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Dei post e delle pene. Considerazioni su eguaglianza, social network e giustizia penale

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1846566> since 2022-03-07T12:11:10Z

Publisher:

ARACNE

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

LA GIUSTIZIA PENALE TRA RAGIONE E PREVARICAZIONE DIALOGANDO CON GAETANO INSOLERA

Il volume vuole segnalare il ruolo di Gaetano Insolera come penalista e intellettuale, con l'ambizione di non fermarsi alla concreta occasione da cui ha tratto spunto. Consiste in una riflessione sulle profonde trasformazioni del diritto e della giustizia penale. La raccolta di saggi può incuriosire il giurista, ma anche l'avvocato e il magistrato e, più in generale, chi pensa che la riflessione su questi temi appartenga alla verifica della salute della nostra democrazia, al cambiamento epocale che ha investito nell'ultimo quarto di secolo l'equilibrio dei poteri costituzionali. Anche attraverso la lente della questione penale si può apprezzare il senso e il significato della crisi sistemica nella quale siamo immersi e del futuro che ci attende.

Contributi di Giorgio ABADESSA, Roberto ACQUAROLI, Enrico AMATI, Mariella Amisano TESI, Nicolò AMORE, Antonio BEVERE, Manuel BIANCHI, Alberto CADOPPI, Stefano CANESTRARI, Paolo CAROLI, Donato CASTRONOVO, Francesca CONSORTE, Francesca CURI, Cristina DALLARA, Giulio DE SIMONE, Massimo DONINI, Luigi FOFANI, Désirée FONDAROLI, Gabriele FORNASARI, Emanuela FRONZA, Marcello GALLO, Alessandro GAMBERINI, Fausto GIUNTA, Carlo GUARNIERI, Tommaso GUERINI, Umberto GUERINI, Pietro INSOLERA, Alessio LANZI, Vincenzo MAIELLO, Vittorio MANES, Marco Orlando MANTOVANI, Matteo Leonida MATTHEUDAKIS, Francesco MAZZACUVA, Nicola MAZZACUVA, Alessandro MELCHIONDA, Vincenzo MILITELLO, Attilio NISCO, Gonzalo Quintero OLIVARES, Massimo PAVARINI, Carlo PIERGALLINI, Domenico PULLITANO, Michele SAPIGNOLI, Marco SCOLETTA, Carlo SOTIS, Luigi STORTONI, Kolis SUMMERER, Silvia TORDINI CAGLI, Andrea Francesco TRIPODI, Antonio VALLINI, Costantino VISCONTI, Lorenzo ZILLETTI.

ROBERTO ACQUAROLI

È avvocato e ricercatore di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Macerata.

EMANUELA FRONZA

È professoressa associata di Diritto penale presso l'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

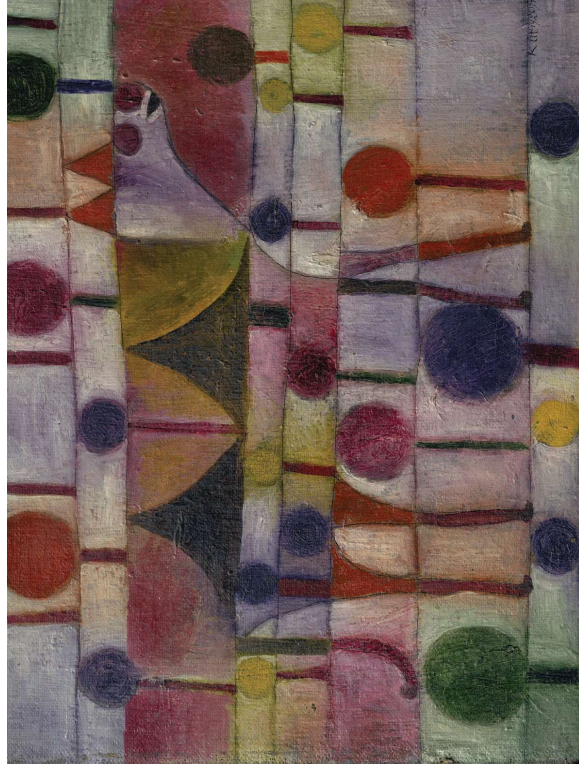
ALESSANDRO GAMBERINI

È avvocato penalista. È stato docente di Istituzioni di diritto penale e di Diritto penale presso l'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

LA GIUSTIZIA PENALE TRA RAGIONE E PREVARICAZIONE DIALOGANDO CON GAETANO INSOLERA

a cura di

ROBERTO ACQUAROLI, EMANUELA FRONZA, ALESSANDRO GAMBERINI



LA GIUSTIZIA PENALE TRA RAGIONE E PREVARICAZIONE A CURA DI R. ACQUAROLI, E. FRONZA, A. GAMBERINI



in copertina
Kamel (in rhythmischer baumlandschaft) di Paul
Klee, 1920. Kunstsammlung Nordrhein-Westfalen,
Düsseldorf, Germania.

36,00 EURO



LA GIUSTIZIA PENALE TRA RAGIONE E PREVARICAZIONE DIALOGANDO CON GAETANO INSOLERA

a cura di

ROBERTO ACQUAROLI, EMANUELA FRONZA, ALESSANDRO GAMBERINI

Contributi di

GIORGIO ABBADESSA, ROBERTO ACQUAROLI, ENRICO AMATI, MARISTELLA AMISANO TESI
NICOLÒ AMORE, ANTONIO BEVERE, MANUEL BIANCHI, ALBERTO CADOPPI, STEFANO CANESTRARI
PAOLO CAROLI, DONATO CASTRONUOVO, FRANCESCA CONSORTE, FRANCESCA CURI
CRISTINA DALLARA, GIULIO DE SIMONE, MASSIMO DONINI, LUIGI FOFFANI
DÉSIRÉE FONDAROLI, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA, MARCELLO GALLO
ALESSANDRO GAMBERINI, FAUSTO GIUNTA, CARLO GUARNIERI, TOMMASO GUERINI
UMBERTO GUERINI, PIETRO INSOLERA, ALESSIO LANZI, VINCENZO MAIELLO, VITTORIO MANES
MARCO ORLANDO MANTOVANI, MATTEO LEONIDA MATTHEUDAKIS, FRANCESCO MAZZACUVA
NICOLA MAZZACUVA, ALESSANDRO MELCHIONDA, VINCENZO MILITELLO, ATTILIO NISCO
GONZALO QUINTERO OLIVARES, MASSIMO PAVARINI, CARLO PIERGALLINI
DOMENICO PULITANÒ, MICHELE SAPIGNOLI, MARCO SCOLETTA, CARLO SOTIS
LUIGI STORTONI, KOLIS SUMMERER, SILVIA TORDINI CAGLI
ANDREA FRANCESCO TRIPODI, ANTONIO VALLINI
COSTANTINO VISCONTI, LORENZO ZILLETTI.



aracne



ISBN
979-12-5994-117-6

PRIMA EDIZIONE
ROMA 29 MAGGIO 2021

Indice

- 11 Prefazione
Alessandro Gamberini
- Giustizia penale e pulsioni illiberali delle democrazie**
- 21 Giustizia penale e immagine del potere. Lo “Stato nascente” delle ideologie penalistiche autoritarie
Enrico Amati
- 33 La legittima difesa tra paure collettive e sicumera governativa. Leggendo il volume *Quando la difesa è legittima? Diritto della paura e paura del diritto* curato dal prof. Gaetano Insolera
Nicolò Amore
- 55 Libertà dal garantismo?
Antonio Bevere
- 73 Riflessioni sulla necessità di limitare il “rischio penale” dei sanitari al tempo del Covid-19
Stefano Canestrari
- 81 Dei post e delle pene. Considerazioni su eguaglianza, social network e giustizia penale
Paolo Caroli
- 95 Populismo penale e ruolo del giurista
Massimo Donini

- 121 Il presidente e lo sciamano. Riflessioni sul ruolo del diritto penale come elemento regolatore dell'infosfera
Tommaso Guerini
- 153 Il pensiero penalistico "secolare"
Umberto Guerini
- 181 La difficile convivenza tra sistema penale e sistema giudiziario
Alessio Lanzi
- 185 Il "costo delle garanzie" nel "modello penale liberale". Tra regressioni culturali e lacerazioni congiunturali
Vittorio Manes
- 201 Democrazie e sicurezza. Appunti per una conferenza
Massimo Pavarini
- 219 Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato?
Carlo Piergallini
- 245 Norma penale e biosicurezza. Osservazioni sul diritto punitivo emergenziale di ultima generazione
Andrea Francesco Tripodi
- 261 Tre passi nel delirio
Lorenzo Zilletti
- La difesa dei principi della Carta di fronte alla nuova morfologia dell'intervento penale**
- 277 Il diritto criminale mite. Impressioni di un lettore della recente giurisprudenza della consulta in materia criminale
Giorgio Abbadessa
- 289 *Testis contra se*. Note a margine di un'ordinanza della Corte costituzionale
Roberto Acquaroli

- 297 *Quis custodiet ipsos custodes?* La necessità di un meccanismo di controllo dell'interpretazione della legge penale
Alberto Cadoppi
- 399 Clausole generali e prevedibilità delle norme penali
Donato Castronuovo
- 327 Depistaggio “proprio”, logica del complotto e profili di irragionevolezza
Francesca Consorte
- 345 Diritti della vittima e certezza della pena. Riflessioni su un discutibile paradigma
Gabriele Fornasari
- 367 Compito della Repubblica...
Marcello Gallo
- 379 *Jus legibus solutum*. Ovvero, la legge del giudice penale
Fausto Giunta
- 399 Brevi note sul (crescente) uso giurisprudenziale della comparazione nel sindacato della Corte costituzionale sulle norme penali
Pietro Insolera
- 417 Riflessioni problematiche sulla “giustiziabilità” dell'indebita equiparazione edittale di fatti dolosi e colposi
Matteo Leonida Mattheudakis
- 431 Di fronte al problema prescrizione
Domenico Pulitanò
- 441 Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile e dell'applicazione analogica della legge penale
Marco Scoletta

- 455 Legalità penale e giudici: ancora un cenno!
Luigi Stortoni
- 459 Ancora bigotti? Noterelle anti-penalistiche su libera prostituzione
e omofobia
Costantino Visconti

Ancora sul cantiere del concorso di persone...

- 477 Il processo italiano al *plan cóndor*. Uno stress test superato dall'or-
dinamento italiano
Emanuela Fronza
- 499 *Il cantiere sempre aperto* del concorso esterno
Vincenzo Maiello
- 515 Una ferita riaperta. Il dibattito sul “concorso esterno” dopo l'affai-
re Contrada
Francesco Mazzacuva
- 529 Diritto penale e criminalità organizzata. Fra “conflitto”, “lotta” e
“contrasto”
Vincenzo Militello
- 547 La repressione delle organizzazioni criminali. Una necessità di po-
litica criminale e un problema per il diritto penale
Gonzalo Quintero Olivares
- 563 Concorso di persone e teoria condizionalistica
Kolis Summerer

Sulla prevenzione come strumento di controllo sociale

- 583 L'ossessione preventiva
Maristella Amisano Tesi

- 597 Il daspo urbano: “l’eterno ritorno dell’uguale”
Francesca Curi
- 617 Dalle misure di prevenzione “antimafia” alle misure di prevenzione “antitutti”. Apoteosi della “regola del sospetto”
Désirée Fondaroli

Il controllo penale dell’agire politico–amministrativo

- 633 *In duplum? In triplum?* L’ingenua durezza della legge anticorruzione. Note sull’art. 322–*quater* c.p.
Manuel Bianchi
- 649 La corruzione in Italia. Molte indagini, poche condanne?
Cristina Dallara, Carlo Guarnieri, Michele Sapignoli
- 665 La dialettica fra disposizione e norma nello specchio dei rapporti fra l’art. 318 e l’art. 319 c.p.
Marco Orlando Mantovani
- 675 La riforma dell’abuso d’ufficio. Un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile
Attilio Nisco
- 691 Il reato di abuso d’ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale. Una questione ancora aperta
Silvia Tordini Cagli

Riflessioni sul diritto penale dell’economia

- 709 La responsabilità da reato delle persone giuridiche in prospettiva comparata. Uno sguardo al sistema penale spagnolo
Giulio De Simone
- 731 La corruzione tra privati 20 anni dopo
Luigi Foffani

- 739 Le false comunicazioni sociali “minori”. A proposito dei delitti di cui agli artt. 2621 bis e 2621 ter del codice civile
Nicola Mazzacuva
- 749 La procedura di sanatoria dei reati ambientali. Limiti legali e correzioni interpretative *in malam partem*
Alessandro Melchionda
- 767 *Abolitio criminis* senza passare dalla fattispecie. Il peculato dell'albergatore dopo il “decreto rilancio”, tra criterio strutturale e indici di depenalizzazione
Carlo Sotis
- 779 L’“oggettivizzazione” normativa di profili soggettivi come criterio strategico di deflazione. L'esempio del diritto penale tributario
Antonio Vallini
- 789 Autori

Dei post e delle pene

Considerazioni su eguaglianza, social network e giustizia penale

PAOLO CAROLI

Tempestato dal fuoco su vie in fiamme, mi servivo di idee come mie bussole. [...] Troppo seria per indulgere in sciocchezze, una lingua d'insegnante nominatasi da sola sputava fuori che la libertà è soltanto l'uguaglianza nella scuola. "Uguaglianza", pronunciavo la parola come fossi uno sposo promesso. Ah, ma allora ero molto più vecchio, sono molto più giovane adesso.

Bob Dylan, *My Back Pages*, 1964 (trad. A Carrera)

1. I delitti contro l'eguaglianza e il giudice di fronte ai social network

Negli ultimi anni il ruolo del giudice penale sta conoscendo svariate trasformazioni, ben oltre le evoluzioni iniziate trent'anni orsono nella direzione di un giudice di scopo, strumento di lotta contro determinati fenomeni. Allargando lo sguardo al piano comparato, il quadro non muta. Si va dal giudice chiamato a ricostruire e sancire la memoria storica, a quello che deve esprimere valutazioni sull'impatto futuro della propria sanzione sull'occupazione e l'economia, sino alle prospettive del giudice digitale. In un'epoca in cui i venti contrapposti della mondializzazione¹ sembrano portare le nostre società alla deriva, lo scranno del Giudice penale appare sempre più come un'utopica boa, cui aggrapparsi per imporre una parvenza d'ordine ai flutti degli scontri sociali. Profondamente indicativo di questa dinamica, ci pare essere il tema del giudice penale come vettore di eguaglianza, secondo gli artt. 604-bis e 604-ter c.p.²

1. Cfr. M. DELMAS, MARTY, *La bussola dei possibili*, 1088 Press, Bologna 2021.

2. Il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, con una traslazione delle disposizioni collocate rispettivamente all'art. 3 della l. 13 ottobre 1975 n. 654 (c.d. legge Reale) e all'art. 3 del d.l. 26 aprile 1993, n. 122 (c.d. decreto Mancino, convertito l. 25 giugno 1993, n. 205), ha introdotto gli artt. 604-bis (*Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa*) e ter (*Circostanza aggravante*) c.p.

L'impatto simbolico, proprio di ogni traslazione *intra moenia Codicis*³, nel caso di questi articoli è rafforzato, da un lato, dalla specifica collocazione fra i reati contro la persona e, dall'altro, dalla creazione di una nuova Sezione I-bis: "Dei delitti contro l'eguaglianza". In tale sede, l'eguaglianza non opera come contenimento del diritto penale a garanzia delle libertà⁴, bensì, al contrario, richiede un intervento punitivo finalizzato a promuovere una partecipazione paritaria di tutti i cittadini alla vita della Repubblica⁵. Ciò richiama la teoria della giustizia di Martha C. Nussbaum⁶, la quale, superando le teorie classiche del contratto sociale, propone un approccio basato sulle capacità umane centrali⁷, che danno contenuto a una nozione di dignità umana in senso aristotelico/marxiano⁸. Una soglia minima di tali capacità deve essere garantita secondo il principio di eguaglianza o meglio di «eguale dignità umana»⁹, che salda la prospettiva dei diritti con quella dei doveri di cura. La singolarità dei delitti contro l'eguaglianza, tuttavia, non risiede nel fondarsi su una tale idea prescrittiva¹⁰ di giustizia sociale, bensì nella scelta del sistema penale come mezzo per realizzarla.

L'evoluzione giurisprudenziale del reato ora previsto all'art. 604-bis andava in questa direzione ancor prima della traslazione. Pensato inizialmente a protezione dell'ordine pubblico¹¹, il reato si è infatti evoluto a livello giurisprudenziale nel senso di tutelare la dignità umana¹². Esso perciò punisce oggi anche il c.d.

3. Così S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 105 ss.

4. Si rinvia a G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 2012.

5. Critico sull'uso promozionale dell'uguaglianza già G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in M. CARTABIA, T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Giuffrè, Milano 2009, 115-149, 127 ss.

6. M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, il Mulino, Bologna 2006. Al riguardo anche G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1325-1358, 1340 ss.

7. Cfr. C. NUSSBAUM, *op. cit.*, 93 ss.

8. *Ivi*, 95.

9. *Ivi*, 311.

10. Lo stesso principio di uguaglianza è in sé prescrittivo, poiché in natura non esistono individui uguali; così V. POCAR, *La discriminazione "secondo natura": un paradigma da superare*, in M. CARTABIA, T. VETTOR (a cura di), *op. cit.*, 267-283, 267.

11. Si veda ad es. Cass. I, n. 3791/1993; più di recente Trib. Verona, n. 2203/2004 (censurata nei gradi successivi).

12. A partire dalla sentenza d'appello nel caso *Tosi*, C. App. Venezia, 30.01.2007, confermata da Cass. III, n. 13234/2007. Per una ricostruzione dell'iter, ex plurimis C. CARUSO, *Dialettica della*

“pensiero differenzialista”, un neo-razzismo che colpisce qualsiasi “diverso”¹³. Così ricostruito il bene giuridico, dunque, la tutela apprestata dall’art. 604-bis (e -ter) c.p. appare oggi incompleta, essendo limitata alla dignità del “diverso” in ragione della sua appartenenza razziale, etnica, nazionale o religiosa, non sanzionando invece le discriminazioni verso le persone Lgbt+, i disabili fisici o mentali¹⁴, le donne¹⁵ e — perché no? — gli esseri viventi non umani¹⁶. La conseguenza di una piena tutela dell’eguaglianza sarebbe l’eliminazione *in toto* di un elenco tassativo, essendo sufficiente il riferimento alla negazione di un’eguale dignità nell’altro (con le connesse difficoltà probatorie e il rischio imminente di spostamento verso la colpa d’autore)¹⁷.

libertà d’espressione: il “caso Tosi” e la propaganda di idee razziste, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Armando, Roma 2011, 133 e ss. Tuttavia, in Cass. III, n. 36906/2015 il reato è qualificato come plurioffensivo. Critici verso la svolta privatistica C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Ius* 17 2009, 191 ss., 201; A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, Torino 2013, 55; A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. cost.*, 2003, 519 ss., 531.

13. Trib. Verona, n. 2203/2004. Nello stesso senso C. App. Venezia 30.01.2007; si veda A. TESAURO, *op. cit.*, 180; C. VISCONTI, *op. cit.*, 196.

14. Salvo approvazione definitiva del c.d. D.d.L. Zan, approvato alla Camera il 4 novembre 2020 (AA.C. 107, 569, 868, 2171 e 2255) e trasmesso al Senato (A.S. 2005), che estende l’ambito dell’art. 604-bis e -ter alle condotte di discriminazione e di violenza per motivi fondati su sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità. Al riguardo si rinvia ai commenti di B. LIBERALI, A. SCHILLACI, L. GOISIS, G. DODARO, in *L’omo-transfobia diventa reato*, in *Giustizia insieme*, 10 novembre 2020.

15. Per una condanna in Spagna, relativa a un post di odio contro le donne, cfr. J.M. LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, 93 ss.; sulla riforma tedesca del § 126 StGB in collegamento ai §§ 241 e 140 Stgb, *infra* sub n. 49.

16. Sull’estensione ad essi del concetto di pari dignità, M. NUSSBAUM, *op. cit.*, *passim*; V. POCAR, *op. cit.*, 281 ss.

17. In particolare per l’aggravante ex art. 604-ter c.p. Nel 2005 la V sezione della Cassazione (Cass. V, n. 44295/2005) stabilisce che l’epiteto «sporche negre» non integra l’aggravante, la quale deve dare rilevanza non ai motivi, ma alla «finalità esterna» della condotta. Poche settimane dopo (Cass. V, n. 9381/2006), la stessa sezione la applica alla frase «vai via di qua, sporca negra», pur a fronte della spinta emotiva di un fatto ingiusto subito: vi è discriminazione in virtù dello stesso «disconoscimento di uguaglianza, ovvero nell’affermazione di inferiorità sociale o giuridica altrui». È questo l’orientamento prevalente (cfr. P. CAROLI, *Art. 604-ter*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice Penale*, VII ed., Giuffrè, Milano 2019, 4168-4173, 4170 ss.). Va rilevato che il rischio intrinseco di scivolamento verso profili di colpa d’autore nell’accertamento in concreto non ci sembra inaccettabile con riferimento ad un’aggravante, che accede a un reato già perfetto.

Un ulteriore passo nell'evoluzione dell'art. 604-bis c.p. quale strumento finalizzato a «rendere effettiva l'uguaglianza tra gli uomini»¹⁸ si era avuto nel 2016¹⁹ con una criminalizzazione *ad hoc* del negazionismo storico, a mezzo di una circostanza aggravante²⁰, in attuazione alla Decisione Quadro UE del 28 novembre 2008²¹. Si è sottolineato che la Decisione Quadro rappresenta il «'simbolismo identitario' della Collettività istituzionalizzata "UE"»²² e pertanto richiede la criminalizzazione del negazionismo in virtù di una difesa di valori fondanti un ordinamento da un punto di vista storico e costituzionale²³. L'art. 604-bis c.p. ha dunque oggi una doppia funzione. In primo luogo, esso costituisce un confine etico, e quindi presidio, della nostra società — al di fuori di esso: *hic sunt leones!* In secondo luogo, ha un valore prescrittivo, ci indica la pietra angolare verso cui

18. Cfr. L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, Cedam, Padova 2006, 117 ss., 134. Vede nell'art. 3 c. 1 Cost. un'obbligazione positiva di tutela contro le discriminazioni fondate su genere e orientamento sessuale L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli 2019, 254. Sul carattere politicamente trasversale dei nuovi *atypische Moralunternehmer* promotori di un ampliamento del diritto penale, J.M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Giuffrè, Milano 2004, 35 ss.; M. CANCIO MELIÁ, *De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo?*, in ID., C. GÓMEZ, JARA DÍEZ (COORD.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer-BdeF, Buenos Aires 2006, 341-382, 350. Individua uno scontro fra il riferimento alla Costituzione in chiave garantista e liberale e un «"neocostituzionalismo" [...che vi] contrappone il proliferare di diritti e garanzie [...] frutto di variegata istanze sociali o di pretese conformità a giurisprudenze / fonti sovranazionali [da cui...] scaturisce una proliferazione di diritti senza criteri ordinatori» G. INSOLERA, *Qualche riflessione sul diritto penale nella "Democrazia del leader"*, in A. CAVALIERE et al. (a cura di), *Studi in onore di Sergio Moccia*, E.S.I., Napoli 2017, 161-175, 162.

19. Art. 5 L. 16 giugno 2016, n. 115.

20. Si tratta di un *unicum* nel quadro comparato. Considerano invece il terzo comma come titolo autonomo di reato, E. VENAFRO, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *Leg. Pen.*, 2018, 19; A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Dir. Pen. Cont. — Riv. Trim.*, 2016, 3, 280-312, 305. Tuttavia, la descrizione delle condotte tipiche *per relationem* a quelle principali, la collocazione topografica, i lavori preparatori e il criterio teleologico fanno propendere per la qualificazione come aggravante.

21. Per una ricognizione comparata, cfr. E. FRONZA, *Memory and punishment*, Asser, Den Haag 2018.

22. Cfr. C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'Extrema Ratio'* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, 2018, 1447-1487, 1483; al riguardo *ex plurimis* C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano 2007, 95 ss.

23. In questo senso M. MATUSCHECK, *Erinnerungsstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 2012. Parla di negazionismo come «tutela penale del consenso», E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 1016-1033. Sul ruolo delle leggi memoriali come politica di integrazione culturale eurounitaria, P. CAROLI, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, E.S.I., Napoli 2020, 247 ss.

orientare la nostra vita sociale: quella eguale dignità umana che deve imporci di eliminare ogni discriminazione, indirizzandoci verso una *res publica* inclusiva e fondata sulla pari capacità di tutti i viventi.

Gli artt. 604-*bis* e -*ter* c.p. si applicano oggi prevalentemente a condotte verbali che si realizzano sui social network (d’ora in avanti “social”)²⁴. Infatti, all’*e-norme* «redistribuzione di potere»²⁵ realizzata nell’epoca della c.d. umanità aumentata, è corrisposta un’*illimitata* possibilità di discorso pubblico in capo a ogni utente. La rivoluzione digitale ha inoltre nel suo Dna la disintermediazione: un assalto al Palazzo di Inverno delle élite ed un’inedita presa diretta sul reale²⁶. Non più agenzie per prenotare viaggi, non più gastronomi per valutare ristoranti, non più librai per comprare libri e, soprattutto, niente più accademie o comitati editoriali che sdoganino un pensiero prima di autorizzarne la diffusione. «Moltiplicate questa dinamica per miliardi di individui. [...] Un terremoto. [...] l’ego di miliardi di singoli umani è stato alimentato quotidianamente con delle super vitamine [...]. Molti si sono perfino accorti, d’improvviso, di poter pensare direttamente: avere delle opinioni»²⁷. La comunicazione social, dunque, è fondata su «un individualismo di massa [dove] non esistono più [...] placche sociali che si muovono in quanto placche, come grandi sovraindividualità»²⁸. Basata sui principi di fluidità e velocità, la comunicazione social modifica la natura stessa della verità, nel senso che «la dinamicità delle verità è diventata più importante della loro esattezza»²⁹. In questo quadro, raggiunge i livelli massimi quella «scissione tra la facoltà di “produrre” (*herstellen*) e quella di “rappresentare” (*vorstellen*) ciò che produciamo — che costituisce — l’incolmabile scarto che esonera l’uomo dalla sua responsabilità del reale»³⁰.

La comunicazione social è un gioco con tempi rapidissimi, su scala globale, con potere diretto degli individui, assenza di qualsivoglia formazione sociale e distruzione delle élite di controllo; inevitabile, dunque, lo scontro con il “vecchio”

24. Per una casistica, cfr. P. CAROLI, *Art. 604-bis*, in T. PADOVANI (a cura di), *op. cit.*, 4148-4168.

25. Cfr. A. BARICCO, *The game*, Einaudi, Torino 2018, 210.

26. *Ibidem*. Sulla disintermediazione come essenza dell’epoca social, cfr. T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino 2020, 21.

27. Cfr. A. BARICCO, *op. cit.*, 211 s. (maiuscolo in originale).

28. *Ivi*, 23.

29. *Ivi*, 281.

30. Cfr. S. FABIAN, *Postfazione*, in G. ANDERS, *Dopo Holocaust, 1979*, Bollati Boringhieri, Torino 2014, 87-97, 92, in riferimento a G. ANDERS, *L’uomo è antiquato, I: Considerazioni sull’anima nell’epoca della seconda rivoluzione industriale*, Bollati Boringhieri, Torino 2007.

diritto penale nazionale, elitario, controllore e sanzionatore. Si possono portare vari esempi. Un post su Facebook si scrive in pochi secondi. Ciascun utente, ogni giorno, può pubblicare un numero illimitato di post pubblici, che “viaggeranno” autonomamente per essere visti da un numero (potenzialmente) enorme di altri utenti. Esso può dunque certamente integrare la condotta di propaganda di cui all’art. 604-bis c.p.; tuttavia, la proporzionalità della pena alla rimproverabilità è più complessa. Una sentenza del Tribunale di Padova³¹ ritiene che le potenzialità propagandistiche del social, che non richiedono un comportamento attivo dell’utente successivo al postare, vadano considerate quale elemento a favore in sede commisurativa. La giurisprudenza in tema di diffamazione, al contrario, ritiene che proprio «la particolare diffusività del mezzo usato per propagare il messaggio denigratorio rende l’agente meritevole di un più severo trattamento penale»³².

È evidente la difficoltà del diritto penale nel rapportarsi alle parole social, parole disabitate³³ da chi le pronuncia; il rapporto fra verità e realtà è irrilevante, così come la coerenza fra le parole stesse. Ciò che conta è l’effetto delle parole sul piano emotivo. Il *logos* lascia il posto all’*epos*. Si ritorna dunque al concetto di scissione poc’anzi menzionato, sempre più centrale in una civiltà ove ogni giorno con un clic acquistiamo e vendiamo di tutto (oggetti, case, viaggi, sessualità) e persino le guerre si combattono a distanza con i droni. La spersonalizzazione e deresponsabilizzazione del dominio mediante l’anonimità degli uffici, che Hannah Arendt aveva visto nel totalitarismo, si ritrova oggi trasmessa per contagio nelle democrazie di massa³⁴. Anzi, è amplificata. Adattando agli individui termini mutuati dal diritto internazionale: ognuno di noi ha realizzato nei confronti delle compagnie tech una cessione di sovranità sul controllo dei nostri stili di vita e del nostro modo di pensare quotidiano (una cessione volontaria, tramite l’iscrizione a un social o a un’app); una cessione di sovranità che non ha precedenti nella storia, nemmeno se confrontata con le sottrazioni forzate di tale sovranità da parte dei totalitarismi. Abbiamo un potere di azione ed espressione mai avuto eppure non siamo mai stati meno liberi³⁵.

31. Trib. Padova, 844/2011.

32. Trib. Livorno, 38912/2012.

33. Espressione usata con riferimento all’*hate speech* dall’Arcivescovo di Trento, Mons. Lauro Tisi, nell’omelia dei funerali di Stato di Antonio Megalizzi, giovane vittima del terrorismo islamista.

34. Cfr. D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Laterza, Bari 2004, III, citazione da H. ARENDT, *Che cos’è la politica?*, Edizioni di Comunità, Milano 1995, 10.

35. Si veda S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità*, Luiss University Press, Roma, 2019; *The Social Dilemma* di J. ORLOWSKI, USA 2020.

Quindi, certo, un post su Facebook può integrare le condotte di propaganda o istigazione o, ancora, un blog fra persone mai incontratesi nel mondo reale può costituire un “movimento” o “gruppo” ai sensi della fattispecie associativa di cui al 604-bis c.p.³⁶ Tuttavia, il problema è a monte, perché la suddetta scissione fra le nostre pratiche quotidiane e i loro effetti interviene sul libero arbitrio dei cittadini. Con le parole di Tocqueville, è un potere totale che «non spezza le volontà, ma le infiacchisce, le piega e le dirige»³⁷. Può dunque tale scissione culturale avere un rilievo penalistico? Interviene forse nell’ambito dei presupposti della colpevolezza, lasciando dolo e colpa integri, ma svuotati?

Su un piano più pratico, l’applicazione del 604-bis ai social fa emergere innanzitutto due questioni: la velocità della comunicazione social e la lentezza dei tempi della giustizia, da un lato, ed il dato quantitativo, dall’altro³⁸. Se l’oggetto della tutela penale dell’art. 604-bis c.p. consiste nel «rendere effettiva l’uguaglianza tra gli uomini»³⁹, l’intervento che si prospetta è quantitativamente enorme in una società dove ogni affermazione di un qualsiasi “imbecille”⁴⁰ diventa pubblica propaganda. Ma vi sono altri problemi: se è possibile sussumere nelle fattispecie esistenti la pubblicazione di un post, di una fotografia o un video, possiamo dire lo stesso per la condotta di chi condivide un post odioso altrui? E chi usa la funzione “mi piace”? E chi usa le reazioni delle emoticon? Dove inizia il concorso di persone?⁴¹

Certo, proprio perché, come detto, i social sono formati solo da individui e non esistono agenzie di controllo sociale dei comportamenti, è comprensibile la richiesta di un diritto penale regolatore. Ma il diritto penale è in grado di svolgere questo ruolo? O si limita ad essere sporadicamente la cattiva coscienza di questa nostra nuova società, senza giungere a criticarla e a metterla in discussione?

36. Cass. I, n. 34713/2016; Cass. III, n. 33179/2013.

37. Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Rizzoli, Milano 1992, 825.

38. La senatrice Liliana Segre ha recentemente quantificato i post di odio nei suoi confronti in circa 200 al giorno.

39. L. PICOTTI, *op. cit.*, 134.

40. Dalla nota espressione di Umberto Eco.

41. Al riguardo J. GENEUSS, *Das Billigen einer (noch) nicht begangenen Straftat im Internet – Zur Erweiterung des § 140 Nr. 2 StGB durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität*, in *Juristenzeitung* 2021, in pubblicazione.

2. Profili di diritto comparato

I sistemi penali di tutto il mondo sono messi sotto stress dall'uso della parola sui social; la necessità di un intervento pare condivisa, ma non vi è consenso sulle modalità. Un punto sembra assodato: il complesso fenomeno dell'applicazione del diritto penale ai social rende anacronistico il precedente dibattito sull'estensione di quell'area grigia, *flou*⁴², costituita dalle limitazioni alla libertà d'espressione necessarie per la difesa delle condizioni di funzionamento della democrazia. Una commissione internazionale nata per iniziativa di *Reporter senza Frontiere*⁴³ indica come la prospettiva adeguata non sia più la libertà di espressione, bensì il rapporto fra democrazia e diritto all'informazione, qualificando lo spazio globale di informazione e comunicazione come un bene comune dell'umanità, che richiede protezione. Le modalità restano però problematiche.

Nel Regno Unito, un Comitato della Camera dei Comuni ha presentato nel 2019 un Rapporto (*Disinformation and fake news*)⁴⁴, secondo cui non serve introdurre nuovi strumenti, bensì modificare il modo in cui le grandi società di social network vengono considerate: «Dobbiamo applicare i principi democratici comunemente accettati per assicurarne l'applicazione all'era digitale. Alle grandi compagnie tech non deve essere consentito di espandersi in maniera esponenziale [...]. Solo i governi e le leggi sono abbastanza potenti da contenerle. Gli strumenti legislativi esistono già. Ora bisogna applicarli all'attività digitale, usando strumenti come le leggi sulla privacy, la legislazione sulla protezione dei dati, il diritto sull'antitrust e la concorrenza. Se le compagnie diventano dei monopoli, esse possono essere divise, in qualsiasi settore»⁴⁵.

In Francia la legge n. 1202 del 22.12.2018⁴⁶ (*Loi relative à la lutte contre la mani-*

42. In relazione alle "misure necessarie in una società democratica" come limite CEDU alla libertà di manifestazione del pensiero parlava di «*flou* di uno Stato di diritto» M. DELMAS, MARTY, *Dal Codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 1992, 269.

43. Commission Information & Démocratie, *Déclaration internationale sur l'information et la démocratie*, novembre 2018. Sul tema anche G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, *Disinformation and hate speech. A European Constitutional Perspective*, BUP, Milano 2020; per il dibattito italiano sul diritto all'informazione, cfr. T. GUERINI, *op. cit.*, II ss.

44. House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, *Disinformation and 'fake news': Final Report. Eight Report of Session 2017–2019*, 18.2.2019.

45. *Disinformation and 'fake news'*, cit., 5. Per un approccio marxista ai big data come surplus comportamentale, cfr. S. ZUBOFF, *op. cit.*; K. PENDERGRAST, *The Next Big Cheap*, in *Real. Life*, 25.11.2019.

46. Nei periodi di campagna elettorale si prevedono a) obbligo di trasparenza per le piattaforme; b) un'azione giudiziaria sommaria per interrompere rapidamente la circolazione «*des allégat-*

pulation de l'information) è un provvedimento che si applica alla fase elettorale e prevede, fra le altre misure, la possibilità, da parte di partiti politici e candidati, di rivolgersi all'autorità giudiziaria al fine di ottenere la rimozione delle *fake news*. Si introducono poi obblighi di trasparenza sui finanziamenti ricevuti e, inoltre, si autorizza il *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (CSA) a sospendere le emissioni di canali televisivi o servizi telematici controllati da o sotto l'influenza di uno Stato straniero, nel caso in cui diffondano false informazioni che possano influire sulla sincerità dell'elezione.

In Germania, a partire dal 2018 la legge tedesca denominata *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* (*NetzDG*)⁴⁷ obbliga i gestori dei social a rimuovere contenuti illeciti entro 24 ore dalla segnalazione da parte degli utenti. Se ciò non viene fatto, è lo stesso gestore ad essere destinatario di una sanzione (amministrativa). Come indica la rubrica della legge (in italiano “Legge per il miglioramento dell'applicazione del diritto ai social network”), il punto di partenza è il diritto penale vigente ed un elenco di reati che possono essere commessi usando la parola sui social. Non dunque un nuovo diritto penale *ad hoc*, bensì una normativa che, imponendo un ruolo attivo al provider — pena sanzione —, garantisce che la tutela penalistica esistente nel mondo “reale” sia applicata anche a quello social. Nel luglio 2019 il *Bundesamt für Justiz* ha condannato Facebook ad una pena pecuniaria di due milioni di euro, in relazione alla mancata rimozione tempestiva di un post odioso.

Dunque la Germania, Paese che ha conosciuto l'invasività della Stasi e che ha sviluppato un'enorme sensibilità per la tutela della privacy, ora vede talmente minacciata la propria democrazia, che non solo autorizza, bensì ordina ai gesto-

ions ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait) in grado di alterare la sincerità dello scrutinio, diffuse in maniera deliberata e massiva; c) il potere del CSA, nel caso di diffusione di tali informazioni da parte di una persona giuridica controllata o sotto l'influenza di uno Stato straniero, di oscuramento sino alla conclusione del voto. Al di fuori dei periodi elettorali, la legge crea un obbligo di cooperazione tra piattaforme ed un potere di controllo/sospensione da parte del CSA. Sono previste sanzioni sia per le persone fisiche che giuridiche. Tale legge ha superato il vaglio di costituzionalità del *Conseil constitutionnel* con la *Decision* n. 2018-773 DC del 20 dicembre 2018.

47. Legge del 1 settembre 2017, in vigore dal 2018; essa prevede, per le piattaforme social con più di due milioni di iscritti in Germania, l'obbligo introdurre e comunicare procedure per la segnalazione e repressione dei contenuti illeciti. Il concetto di contenuti illeciti si ricava da diverse disposizioni del Codice penale. In caso di accertamento dell'illiceità, i contenuti vanno eliminati entro un lasso di tempo adeguato dal reclamo (da 24h a 7 giorni). Se il provider viola tali prescrizioni, si prevedono per lo stesso sanzioni per un massimo di 5 milioni di euro, indipendentemente dal fatto che il contenuto sia stato postato nel territorio tedesco. Si sanziona così il provider per la mancata “censura” del post di un utente.

ri di social di controllare i post degli utenti e censurarli in determinati casi, in quanto quei gestori privati sono in grado di effettuare quel controllo che lo Stato non riesce a garantire. La scelta del legislatore tedesco pare quasi voler combattere contro l'evoluzione dei tempi: invece di essere il diritto penale nazionale ad adattarsi al mondo dei social, è il mondo dei social che deve farsi poliziotto e giudice (privato) per conto dello Stato nazionale, sotto minaccia di sanzione. Da qui un'ulteriore questione: può lo Stato delegare a un'impresa privata multinazionale una tale funzione? Chi controlla le nostre parole? Chi ci censura?

Il 18 luglio 2020 il Parlamento ha approvato una riforma della *NetzDG*⁴⁸, che modifica anche il diritto penale sostanziale in relazione ad alcuni reati presupposto, in particolare ampliando la fattispecie di apologia di reati ex § 140 StGB. La condotta di *Billigung* (approvazione) pubblica, infatti, sino ad ora aveva ad oggetto determinati reati commessi o tentati, con il correttivo della clausola di idoneità della condotta a turbare la pace pubblica. La riforma, invece, estende la punibilità anche all'approvazione di reati non ancora commessi⁴⁹. Lo scopo è colmare una lacuna normativa nel caso di post come “speriamo che qualcuno la stupri”, “qualcuno dovrebbe sparargli” etc. La riforma pone questioni sia sul piano della tassatività che, in chiave comparata con l'Italia, con il principio cardine espresso dalla nostra Corte Costituzionale nella sentenza 65/1970. Quanto queste questioni possano essere ridimensionate dalla presenza, nella fattispecie tedesca, della clausola dell'idoneità a turbare la pace pubblica, non è chiaro. Più in generale, tuttavia, occorre chiedersi: il principio garantista espresso dalla nostra Corte Costituzionale nel 1970, vale ancora nell'epoca dei social?

Gli scenari diventano poi foschi quando leggi di questo tipo sono adottate in stati che non brillano per il rispetto dei principi democratici — si veda la legge

48. *Gesetz zur besseren Bekämpfung von Rechtsextremismus und Hasskriminalität*. Per un commento, J. GENEUSS, *op. cit.* Ad oggi, la legge non è stata firmata dal Presidente della Repubblica, che ha chiesto al Parlamento di rivedere alcune questioni di dubbia costituzionalità rispetto alla tutela della privacy.

49. Si modificano anche i reati di *Disturbo della pace pubblica a mezzo della minaccia di reati* ex § 126 StGB e di *Minaccia* ex § 241 StGB. Il § 126 StGB viene esteso anche alla minaccia di lesioni (sino ad ora solo lesioni gravi). Il § 241 StGB non è più limitato alla minaccia della commissione di un crimine (*Verbrechen*), ma include la minaccia del compimento di un reato (non più solo crimine) contro l'autodeterminazione sessuale, l'integrità fisica, la libertà personale o ai danni di un bene di particolare valore. Queste modifiche incidono anche sull'elenco tassativo dei reati oggetto di apologia. Si inserisce l'antisemitismo come esempio di “motivi disumani” in sede commisurativa e, nella *NetzDG*, si estende l'elenco dei contenuti illeciti alla *Denigrazione della memoria dei defunti* (§ 189 StGB).

turca, sul modello tedesco, in vigore dall'ottobre 2020⁵⁰. Laddove poi anche il diritto penale viene coinvolto, lo scenario è agghiacciante, come nel caso di Singapore⁵¹. In una dimensione completamente diversa, invece, anche da Paesi democratici, e pur in assenza di una legislazione *ad hoc*, arriva un invito alla cautela nell'uso del penale in contesti sociali caratterizzati da forte scontro ideologico⁵², a maggior ragione in presenza di fattispecie penali di scarsa tassatività⁵³.

3. Klimaschutzdelikte nei climi tempestosi?

La cronaca ci mostra come la comunicazione social possa costituire un reale pericolo per le nostre democrazie⁵⁴: incitando all'odio o a mezzo di *mis-information*⁵⁵ si possono alterare gli equilibri democratici, inquinare la genuinità delle elezioni, financo commettere crimini internazionali⁵⁶. La pericolosità social non risiede

50. Adottata il 21 luglio 2020, la legge emenda la l. 5651 del 2007, che regola l'uso di internet. Amnesty International solleva timori sull'obbligo di archiviare i dati degli utenti, mettendoli a disposizione della magistratura in caso di necessità. Uno scenario simile è previsto dalla legge vietnamita, cfr. T. GUERINI, *op. cit.*, 92. Sulla legge russa, che prevede la possibilità di oscuramento di siti stranieri, *ivi*, 88.

51. Cfr. *ivi*, 93. legge n. 18 dell'8 maggio 2019, *Protection from online falsehoods and manipulation act*.

52. In questo senso, con riferimento alla questione catalana, J.M. LANDA GOROSTIZA, *op. cit.*, 116; sulle difficoltà nell'applicazione delle norme sull'*hate speech* in Irlanda del Nord, R. McVEIGH, *Incitement to Hatred in Northern Ireland*, Equality Coalition, Belfast 2017.

53. Nel peculiare contesto della legislazione spagnola antiterrorismo, con riferimento al caso *Cassandra* e sulla differenza fenomenologica fra *hate speech* e apologia di terrorismo, M. CANCIO MELIÁ, *Dicurso terrorista y delito de enaltecimiento /humiliación (art. 578 c.p.)*, in *Id. et al.* (coord.), *Libro homenaje al Prof. Dr. Augustín Jorge Barreiro*, II, 925–946.

54. Parla di Facebook come spazio comunicativo di rilievo pubblico gestito da privati, C. CARUSO, *La libertà d'espressione presa sul serio. Casa Pound c. Facebook*, Atto I, in *SIDIBlog*, 20.1.2020; *contra*, M. CASTELLANETA, P. DE SENA, *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre sul caso CasaPound c. Facebook*, in *SIDIBlog*, 20.1.2020. Il riferimento è al provvedimento del tribunale di Roma in relazione all'oscuramento della pagina di CasaPound da parte di Facebook; *ivi* si afferma che i social svolgono una funzione essenziale per «l'attuazione di principi cardine [...] dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (art. 49 Cost.), al punto che il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso [...] dal dibattito politico italiano» (cfr. Trib. Roma, sezione Imprese, ordinanza 12 dicembre 2019). *Contra*, tuttavia, Trib. Roma, Sez. Diritti della persona e immigrazione, 23 febbraio 2020, sub R.G. 64894/2019. Per un quadro generale del contesto italiano, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, "discorso d'odio" e libertà di espressione nell'era di internet*, Giuffrè, Milano 2020.

55. Su tale concetto, cfr. C. WARDLE, H. DERAKHSHAN, *Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*, Council of Europe, Strasbourg, 27.9.2017, 5 e ss.

56. Ci si riferisce al ruolo di Facebook nella persecuzione dei Rohingya in Birmania, come evidenziato dalla Commissione istituita dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite: *Re-*

tanto nel singolo post (dove la lesione più evidente è semmai al bene individuale del destinatario), ma nel sommarsi quotidiano di tali post e nella loro rapida condivisione. Proprio questo aspetto quantitativo ci indica come la presente discussione si collochi oltre i precedenti dibattiti in tema di limitazione della libertà di espressione. Superato appare anche il riferimento ai cd. *Klimaschutzdelikte*⁵⁷, in quanto non siamo di fronte ad un'eccezionale⁵⁸ anticipazione della tutela a protezione della sicurezza cognitiva⁵⁹, cioè della base cognitiva per la vigenza delle norme giuridiche assolutamente accettate dal resto del corpo sociale. Al contrario, si ha qui a che fare con la richiesta di gestione ordinaria della comunicazione social, di cui questo tipo di contenuti rappresenta una componente fisiologica e quantitativamente significativa. Il diritto penale non è qui chiamato eccezionalmente a *confermare* un'identità sociale esistente e condivisa, bensì a *creare* un'identità sociale, un *nomos* del mondo social, e a regolare di conseguenza l'esercizio quotidiano della comunicazione al suo interno; una funzione di orientamento cognitivo volto a mantenere l'aspettativa di un comportamento corretto in maniera controfattuale⁶⁰.

Anche volendo (a livello ipotetico) ammettere una funzione del giudice penale come regolatore della comunicazione social, è la pena — lo strumento che egli ha a disposizione — il mezzo più idoneo a svolgerla? Il giudice e la pena operano, fra l'altro, non nel mondo social, ma in quello reale e con i relativi meccanismi e tempi. A ciò si aggiunga che, come detto, la comunicazione potenzialmente penalmente rilevante è fisiologica dell'universo social. All'interno di quella che Bernard Manin ha definito "democrazia del pubblico"⁶¹, la parola social odiosa o che fornisce una rappresentazione distorta della realtà costituisce uno strumento di creazione e canalizzazione dei consensi, nonché un mezzo evidente di espressione di una parte della società. Come acutamente osservato, in Occidente oggi è in atto

port of the Independent International Fact-Finding Commission on Myanmar, UN Doc. A/HRC/39/64, 24.8.2018, 74.

57. Cfr. G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, 751–785, in particolare 773 e ss.

58. Sull'eccezionalità necessaria *ivi*, 781 e 783; critici in generale sull'uso del diritto penale in tale contesto, *ex plurimis*, K.F. SCHUMANN, *Schutz der Ausländer vor rechtsradikaler Gewalt durch Instrumente des Strafrechts?*, in *StV*, 1993, 324 e ss.; K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzbuch*, in *ZStW*, 1980, 19–72, 55 e ss. Sull'uso dei *Klimadelikte* quale segno di debolezza della legge penale, M. CANCIO MELIÁ, *Dicorso terrorista*, cit., 943.

59. G. JAKOBS, *Kriminalisierung*, cit., 778.

60. Espressioni di G. JAKOBS, *¿Terroristas como personas en derecho?*, in M. CANCIO MELIÁ, C. GÓMEZ, JARA DÍEZ (coord.), *op. cit.*, 77 e ss., 81; cfr. anche M. CANCIO MELIÁ, *De nuevo*, cit., 34.

61. Al riguardo B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, il Mulino, Bologna 2010.

una “lotta fra classi culturali”⁶² per il controllo del potere, fra classi colte e classi meno istruite; due classi che non si parlano, si odiano, si temono e sono divise anche a mezzo dell’informazione che ricevono dai social (la c.d. *bubble democracy*⁶³). Dagli USA all’Europa, attraverso i social oggi si creano consensi attorno a nuove forze politiche e si fa leva sul potere diretto dei singoli utenti per rivendicare un rovesciamento delle élite politiche novecentesche, a loro volta legate a élite culturali; a prescindere dal contenuto dei programmi politici, l’odio per le élite è il denominatore comune⁶⁴. I social non sono il motivo, bensì il terreno di questo scontro, che tuttavia i social amplificano e alimentano⁶⁵; la parola odiosa, la parola che nega la realtà e la parola che la falsifica ne sono l’arma principale. Il diritto penale può scendere in campo e trasformarsi a sua volta in arma di questa lotta?⁶⁶ Con quali risultati? E cosa può invece fare la politica — sia nazionale che internazionale —, a fronte di sfide globali come i social, il Covid-19, il *Climate Change*? Quella stessa politica che, «come i famosi castori di Gramsci, si tagliò i testicoli nel ’92»⁶⁷, anno della «eutanasia attiva della democrazia rappresentativa»⁶⁸, a partire da cui «i partiti non sono più in grado di “incapsulare” le trasformazioni sociali, di captare la mobilità e frammentazione delle istanze che esse producono»⁶⁹. Ecco allora che, se sin qui si sono sollevate perplessità sul giudice controllore dei social e vettore di eguaglianza, si pone allora giustamente «un’altra domanda: come si ricostituisce, come e dove porta la ricerca di congruenze e confini del giudiziario, che possano ridefinire, trovare, la realtà “assiologica, preesistente e autonoma rispetto al diritto” penale. Ricerca resa assai difficile nel declino, nelle società secolarizzate, delle tradizionali autorità di riferimento e della intermediazione politica»⁷⁰.

62. Sono debitore di questa espressione all’intervento di Nicolas Guillou nella conferenza *L’umanesimo giuridico come bussola della mondializzazione*, tenutasi nell’ambito del Progetto M.E.L.A. presso l’Università di Bologna il 22 febbraio 2019.

63. G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, *op. cit.*, 46 e ss.

64. In questo senso A. BARICCO, *op. cit.*, 227.

65. Come evidenziato da Henry Kissinger, i social incentivano una politica clientelare, finalizzata al consenso elettorale; «sopraffatti da pressioni di nicchia, i leader politici sono privati della possibilità di pensare o riflettere sul contesto, con una contrazione dello spazio a loro disposizione al fine sviluppare una visione», cfr. H.A. KISSINGER, *How the Enlightenment Ends*, in *The Atlantic*, giugno 2018.

66. Sulle legislazioni francese e tedesca come difesa dei valori dell’europeismo e tentativo di barriera contro forme populiste ed euroscettiche, cfr. T. GUERINI, *op. cit.*, 95.

67. Cfr. G. INSOLERA, *Le clemenze “anomale”*, in *Dir. Pen. Cont.*, 29 settembre 2014, 7.

68. G. INSOLERA, *La produzione del “penale”: tra governo e parlamento maggioritario*, in *Studi Senesi*, 2017, 23–37, 27.

69. *Ibidem*.

70. *Ivi*, 34.

Non possiamo qui offrire una risposta, tuttavia si condivide l'assunto per cui «la soluzione di un problema sociale attraverso il diritto penale avviene sempre attraverso il sistema penale come sottosistema e cioè sempre all'interno della società. È dunque da escludere la possibilità di separare società e diritto penale»⁷¹. Il Prof. Insolera, in anticipo rispetto ai tempi infausti che viviamo, sintetizzava chiaramente con una metafora sanitaria: «società infetta, Diritto penale infetto»⁷². Ciò ci ricorda che, ahimè, proprio come nella presente pandemia, il diritto penale è un farmaco a volte necessario a curare i sintomi più gravi, ma con riferimento al virus sociale non costituisce né un vaccino, né una cura. Come un bravo medico, il Prof. Insolera ci ha sempre ricordato che la pena è un farmaco invasivo, a volte inevitabile, ma che la medicalizzazione⁷³ non può essere l'unica risposta alla cura complessiva della persona; senza una buona visita, una diagnosi, una terapia complessiva ragionata, una buona dieta e soprattutto senza la responsabilizzazione dei cittadini nel loro vivere quotidiano, il virus che attacca le nostre democrazie a mezzo dei social continuerà a circolare.

71. G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus un "alteuropäischem" Prinzipiendenken*, in *ZstW*, 195, 107 ss., 136.

72. G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in *Discrimen*, 13 giugno 2019, 7.

73. Continuando il parallelismo, «oggi assistiamo a una "criminalizzazione della vita collettiva" imperniata su un razionalismo individualista, sul rifiuto della rappresentanza politica e della intermediazione partitica», cfr. G. INSOLERA, *La produzione*, cit., 31.