



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
"COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO-GIURIDICA"

Ciclo XXIV

Coordinatore Prof. Arrigo Manfredini

**PAROLE CATTIVE E AZIONI CRIMINOSE.
LA SOTTILE LINEA DI CONFINE TRA
LIBERTÁ DI ESPRESSIONE E RESPONSABILITÁ PENALE**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

Dottorando
Dott.ssa Francesca Buraschi

Tutore
Prof. Guido Casaroli

Anni 2009/2011

A Gianluigi

INDICE

Introduzione	p.	11
--------------------	----	----

CAPITOLO PRIMO

LA CONTROVERSA CATEGORIA DEI REATI DI OPINIONE

1. Definizione	p.	15
1.1. I reati di offesa	p.	20
1.2. I reati di provocazione	p.	24
2. Le problematiche sottese ai reati di opinione	p.	28
2.1. Il difficile equilibrio tra libertà di espressione e reati di opinione	p.	29
2.1.1. Democrazie tolleranti e democrazie militanti	p.	37
2.1.2. I limiti alla libertà di manifestazione del pensiero ...	p.	42
2.2. Lo scarso spessore offensivo delle condotte incriminate	p.	49
2.2.1. La trasformazione dei reati di pericolo presunto (o astratto) in reati di pericolo concreto	p.	52
2.2.2. Il requisito del pericolo concreto e i suoi (tanti) limiti	p.	54
2.3. L'indeterminatezza delle fattispecie	p.	57
2.4. La sproporzione tra fatto e conseguenze sanzionatorie	p.	59
3. Le alterne vicende dei reati di opinione in Italia	p.	61
3.1. Il periodo liberale	p.	62
3.2. Il periodo fascista	p.	64
3.3. Il periodo repubblicano	p.	65
3.4. Il tanto atteso intervento riformatore ad opera della l. n. 85 del 24 febbraio 2006: un fuoco di paglia?	p.	66

3.5. La decisione quadro 2008/913/GAI: un passo indietro nel processo di eliminazione dei reati di opinione dal nostro ordinamento	p. 74
--	-------

CAPITOLO SECONDO

PAROLE CHE DIFFONDONO

IDEE SOVVERSIVE E MESSAGGI D'ODIO

LA PROPAGANDA

1. La propaganda sovversiva o antinazionale (art. 272 c.p.) e il lungo cammino verso la sua abrogazione	p. 79
1.1. Dubbi di legittimità costituzionale	p. 81
1.2. La Corte costituzionale salva il primo comma dell'art. 272 c.p.	p. 84
1.3. <i>Segue</i> : ...e interviene (timidamente) sul secondo comma	p. 90
1.4. La provvidenziale abrogazione dell'art. 272 c.p. ad opera della legge n. 85 del 2006.....	p. 91
2. La propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico (art. 3, co. 1, lett. <i>a</i>), l. n. 654 del 13 ottobre 1975)	p. 92
a) Il bene giuridico tutelato	p. 93
b) L'offensività del fatto	p. 95
c) L'indeterminatezza della fattispecie	p. 100
2.1 La controversa modifica introdotta dalla l. n. 85 del 2006.....	p. 103
2.2 Problemi applicativi e spunti di diritto comparato. Il caso Ruanda e le decisioni del Tribunale Penale Internazionale.....	p. 105
a) La sentenza di primo grado	p. 107
b) Il giudizio d'appello.....	p. 108
2.3 Sull'opportunità di mantenere la previsione normativa <i>de qua</i> nel nostro ordinamento.....	p. 110

CAPITOLO TERZO

PAROLE CHE DIFENDONO O ESALTANO

DOTTRINE E FATTI ILLECITI

L'APOLOGIA

1. L'apologia ex art. 414, comma 3, c.p.	p. 113
1.1. Una fattispecie controversa	p. 114
1.2. L'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale (sent. n. 65 del 1970)	p. 119
1.3. Critiche all'intervento della Corte costituzionale.....	p. 122
1.4. L'aberrante pronuncia della Cassazione sull'apologia di genocidio (Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985)	p. 126
1.5. La svolta del 2001: un argine alla deriva interpretativa in tema di apologia di genocidio.....	p. 129
1.6. L'intervento riformatore del 2006: un'altra occasione persa.....	p. 130
2. L'apologia del fascismo e le manifestazioni fasciste (artt. 4 e 5, l. n. 645 del 20 giugno 1952)	p. 131
2.1. Due fattispecie molto discusse	p. 132
2.2. Gli interventi della Corte costituzionale in tema di apologia e di manifestazioni fasciste	p. 137
a) La sentenza n. 1 del 1957 sull'apologia del fascismo	p. 137
b) Le sentenze n. 74 del 1958 e n. 15 del 1973 sulle manifestazioni fasciste	p. 140
2.3. Norme ancora attuali o inutili relitti storici?	p. 144
2.4. Profili di diritto comparato: manifestazioni naziste nel Villaggio di Skokie.....	p. 147

CAPITOLO QUARTO

PAROLE CHE ISTIGANO ALLA COMMISSIONE DI REATI

L'ISTIGAZIONE

1. Le principali ipotesi istigative speciali. Cenni introduttivi.....	p. 153
1.1. L'istigazione a delinquere (art. 414, comma 1, c.p.).....	p. 156
1.2. L'istigazione a disobbedire alle leggi (artt. 266 e 415 c.p.)...	p. 157
1.3. L'istigazione all'odio tra le classi sociali (art. 415 c.p.).....	p. 162
1.4. L'istigazione all'odio razziale o etnico (art. 3, comma 1, lett. <i>a</i>) e <i>b</i>), legge n. 654 del 1975)	p. 166
a) Come è cambiata la fattispecie di istigazione all'odio razziale dal 1975 ad oggi	p. 167
b) Riflessioni critiche	p. 170
1.5. La circostanza aggravante dell'aver agito per finalità di discriminazione o odio razziale (art. 3, legge n. 122 del 1993).....	p. 173
2. Forme speciali di istigazione e art. 115 c.p.	p. 176
3. Il requisito della pubblicità	p. 177
4. Dove finisce la parola inizia l'azione: l'idoneità della condotta a cagionare il pericolo di commissione di reati.....	p. 180
4.1. L'influenza della dottrina americana del <i>clear and present danger</i> . Qualche riflessione in chiave comparatistica	p. 183
5. Istigazione: un reato di opinione?.....	p. 184
6. Una fattispecie da conservare (seppur a certe condizioni).....	p. 186

CAPITOLO QUINTO
PAROLE CHE NEGANO, MINIMIZZANO O GIUSTIFICANO
I CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ
IL NEGAZIONISMO

1. Il fenomeno negazionista	p. 191
2. La legislazione penale antinegazionista in Europa. Spunti di comparazione.	p. 194
2.1. L'esempio tedesco e la c.d. "menzogna di Auschwitz"	p. 195
2.2. Le misure antinegazioniste adottate da Francia e Belgio	p. 199
2.3. La particolarità del caso spagnolo.....	p. 206
3. Il negazionismo in Italia.....	p. 210
3.1. La proposta Mastella	p. 211
3.2. L'opposizione degli storici e il Manifesto di critica	p. 212
3.3. La decisione quadro 2008/913/GAI e i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario	p. 217
4. Il "cerchio infernale". È davvero opportuno ricorrere allo strumento penale?	p. 219
5. La "via lunga" e le alternative alla repressione penale	p. 228
Conclusioni.....	p. 233
Bibliografia	p. 239

INTRODUZIONE

I reati di opinione sono sempre stati al centro di vivaci discussioni circa la loro compatibilità con la libertà di espressione, e la riforma del 2006, con le sue tante aporie, ha certamente contribuito a rinfocolare un dibattito che non si era mai del tutto sopito.

Il rinnovato interesse per l'argomento che si affronterà nelle pagine seguenti è alimentato dall'«alto tasso di problematicità» ⁽¹⁾ della materia, che non accenna a diminuire con gli anni e che evidenzia la profonda contraddizione su cui, ancora oggi, si fonda il nostro ordinamento giuridico: da un lato, ci definiamo liberali e proclamiamo a gran voce di riconoscere a tutti gli individui il diritto di manifestare il proprio pensiero; dall'altro lato, però, tolleriamo la persistenza di norme incriminatrici di reati cosiddetti di opinione e, pur non bruciando più gli eretici sul rogo ⁽²⁾, continuiamo a punire chi professa certe idee. E nonostante i tentativi di risolvere questa antinomia, prodotto di una lunga assuefazione ad un diritto penale autoritario che ha avuto il suo culmine nel fascismo, non siamo ancora riusciti a rinunciare del tutto a queste peculiari figure di reato, che minano quotidianamente la stessa essenza della democrazia.

Come si avrà modo di constatare, peraltro, la problematicità dei reati di opinione non si esaurisce nella loro incompatibilità con il diritto fondamentale che l'art. 21 Cost. riconosce ad ogni essere pensante, ma si riscontra anche in sede di individuazione del bene giuridico tutelato, la cui inafferrabilità si traduce spesso in un'innegabile carenza di offensività, oltre che in una forte indeterminatezza delle fattispecie; né si possono

¹ A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1988, p. 6.

² J.S. MILL, *On Liberty*, New York 1896, p. 105, il quale osserva che «è vero che non condanniamo più a morte gli eretici (...). Ma non rallegriamoci di essere ormai liberi anche dalla macchia delle persecuzioni legali. Esistono ancora sanzioni legali contro le opinioni, o perlomeno contro l'espressione di opinioni, e la loro applicazione, anche nel nostro tempo, non è così priva di esempi da rendere del tutto impensabile che un giorno tali sanzioni potranno essere ripristinate in tutta la loro forza».

sottacere le tante incongruenze rilevabili sul piano sanzionatorio, data l'evidente sproporzione tra il fatto commesso, che si sostanzia nella mera manifestazione di un'opinione, e la pena prevista, che in molti casi viene ancora a coincidere con la reclusione.

Quella che ci accingiamo ad analizzare, dunque, è una categoria di reati che, prima ancora di disattendere le fondamentali istanze del diritto penale, viola i più elementari principi sanciti dal testo costituzionale. E, trattandosi di un tema che si inserisce «nell'eterna dialettica tra individuo e Stato, libertà e autorità, cultura e dogma», esso non può «non toccare e non impegnare ogni coscienza sinceramente democratica»⁽³⁾. Ben si comprendono, quindi, le accese reazioni suscitate da tali fattispecie, nonché i tanti interrogativi circa l'opportunità o meno di conservarle nel nostro ordinamento.

Per rispondere a simili quesiti, però, si renderanno necessarie alcune precisazioni preliminari: innanzitutto, si dovrà individuare l'esatta accezione di "reati di opinione", che il più delle volte viene usata impropriamente; successivamente, dopo una breve analisi storica del fenomeno, si cercherà di delimitare la portata della presente analisi ai soli reati di provocazione, un sottogruppo dei reati in esame che include le ipotesi di propaganda, apologia e istigazione. A nostro personale avviso, infatti, lo studio di *tutti* i reati di opinione si sarebbe rivelato troppo dispersivo e inconcludente; al contrario, un'indagine più circoscritta e limitata alle ipotesi delittuose suddette consentirà di individuare con maggior facilità quella sottile linea di confine tra pensiero "cattivo" e azione criminosa, che risulterebbe meno evidente laddove si confrontassero tra loro altre fattispecie appartenenti alla medesima categoria.

Ci occuperemo, dunque, della *parola* ribelle e "cattiva", del discorso odioso che ferisce innanzitutto i sentimenti: da qui la scelta di ribadirlo nel titolo di ogni capitolo, trattandosi del *fil rouge* che accomuna tra loro ipotesi delittuose sia pur molto diverse.

Individuato l'oggetto della nostra analisi – *parole* che, a seconda dei casi, diffondono idee sovversive e messaggi d'odio, difendono o esaltano dottrine e fatti illeciti, o istigano alla commissione di reati – ci dedicheremo a quello

³ F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, in *Il Ponte* 1971, p. 206.

che, probabilmente, sarà il compito più difficile del presente lavoro: analizzando la legislazione e la giurisprudenza esistenti in materia di propaganda, apologia e istigazione, tenteremo di distinguere le mere articolazioni verbali evocative di un pensiero dalle espressioni dotate di un'essenza fattiva, idonea ad influire sull'altrui volontà e capace di estrinsecarsi nella realtà circostante, determinando nei destinatari una corrispondente decisione d'agire che ponga concretamente in pericolo il bene protetto. Infine, a fronte di questa distinzione, cercheremo di dimostrare che solo le parole consistenti nel "cominciamento" di un'azione giustificano una compressione della libertà d'espressione a beneficio di altri fondamentali valori costituzionali, mentre le semplici parole, per quanto raccapriccianti e fastidiose possano essere, non dovrebbero costituire oggetto di alcuna incriminazione.

Sennonché, quand'anche ci sembrerà di aver trovato una risposta convincente ai nostri quesiti, basterà comparare la legislazione italiana con quella di altri Paesi (europei e non), per accorgerci che la tematica in esame è, in realtà, ancora più complicata del previsto. Ciò emergerà soprattutto studiando il fenomeno del negazionismo, una forma di manifestazione del pensiero che in alcuni Stati è pienamente legittima, mentre in altri Paesi è sanzionata addirittura con la pena della reclusione. Da cosa dipendono, dunque, queste differenze di trattamento? Com'è possibile che Paesi appartenenti alla medesima area politico-geografica, magari confinanti, abbiano legislazioni così differenti tra loro?

Le difficoltà di questa indagine e i tanti interrogativi che da essa emergeranno dipendono dalla circostanza che i reati di opinione presentano molte più sfaccettature di quante si potrebbe immaginare. Il più delle volte, infatti, essi hanno ben poco a che vedere con il piano giudiziario e si presentano, piuttosto, come fenomeni politici che «scavalca[no] enormemente il diritto penale» (4). In altre parole, ci accorgeremo di come i reati di opinione siano il precipitato di giudizi etici e di valore, oltre che il riflesso incondizionato della storia politica e sociale di un Paese. Non a caso, essi proliferano negli ordinamenti totalitari, in

⁴ E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica* 2008, p. 54.

quanto strumentali alla repressione del dissenso ideologico, mentre sono (quasi) estranei agli ordinamenti liberali, che implicano per loro natura il più ampio riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero a favore di tutti e senza eccezioni.

Un'altra caratteristica dei reati che ci apprestiamo ad analizzare è quella di costituire la risposta, spesso esagerata e irrazionale, a situazioni di emergenza ed allarme sociale che il legislatore non è in grado di fronteggiare in altro modo. Così intesi, i reati di opinione vanno ad alimentare quella sempre crescente "legislazione simbolica" che, con la pretesa di garantire una maggior sicurezza ai cittadini, non fa che sacrificare ulteriormente la loro libertà d'espressione, compromettendo le già precarie istanze di offensività e materialità del reato a tutela di non meglio definiti ideali e canoni morali.

L'individuazione dell'esatta linea di confine tra libertà d'espressione e responsabilità penale richiederà, quindi, anche una preliminare suddivisione tra ciò che appartiene all'universo giuridico-penale e ciò che, invece, rientra più propriamente nell'ambito politico ed etico-morale, alla luce del principio per cui non tutto ciò che è moralmente riprovevole o politicamente scomodo è anche penalmente rilevante. Solo a questo punto si potrà distinguere la mera parola cattiva, come tale penalmente irrilevante, dall'azione criminosa, e lo si farà partendo dall'irrinunciabile assunto per cui «la proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero da parte della Costituzione è espressione di speranza e di fiducia nel diritto proclamato» ⁽⁵⁾, e in tale spirito va ricostruita; pertanto, non sarà consentito all'interprete timoroso di sostituire a quella fede il proprio scetticismo, la propria sfiducia, i propri dubbi, la propria paura della libertà. Come rilevato da un'attenta dottrina, infatti, «o si vuole la libertà, e allora se ne devono necessariamente accettare tutti i rischi. Oppure si ha paura di certe possibili conseguenze, e allora la libertà va soppressa» ⁽⁶⁾, con un inevitabile svuotamento della Costituzione e dei suoi tanto declamati valori.

⁵ F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 219.

⁶ D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giustizia* 1970, p. 198.

CAPITOLO PRIMO

LA CONTROVERSA CATEGORIA DEI REATI DI OPINIONE

SOMMARIO: 1. Definizione. – 1.1. I reati di offesa. – 1.2. I reati di provocazione – 2. Le problematiche sottese ai reati di opinione. – 2.1. Il difficile equilibrio tra libertà di espressione e reati di opinione. – 2.1.1. Democrazie tolleranti e democrazie militanti. – 2.1.2. I limiti alla libertà di manifestazione del pensiero. – 2.2. Lo scarso spessore offensivo delle condotte incriminate. – 2.2.1. La trasformazione dei reati di pericolo presunto (o astratto) in reati di pericolo concreto. – 2.2.2. Il requisito del pericolo concreto e i suoi (tanti) limiti. – 2.3. L'indeterminatezza delle fattispecie. – 2.4. La sproporzione tra fatto e conseguenze sanzionatorie. – 3. Le alterne vicende dei reati di opinione in Italia. – 3.1. Il periodo liberale. – 3.2. Il periodo fascista. – 3.3. Il periodo repubblicano. – 3.4. Il tanto atteso intervento riformatore ad opera della l. n. 85 del 24 febbraio 2006: un fuoco di paglia? – 3.5. La decisione quadro 2008/913/GAI: un passo indietro nel processo di eliminazione dei reati di opinione dal nostro ordinamento.

1. Definizione.

Non esiste una definizione di “reati di opinione” che sia universalmente valida e condivisa.

Alla lettera, si tratterebbe di tutti quei reati che, anziché consistere in un *facere* o in un *non facere*, si sostanziano in un *dicere* ⁽⁷⁾, vale a dire nell'esprimere un'opinione o nel pensarla in un certo modo rispetto a qualcosa. Sennonché, una simile accezione può essere condivisa solo in parte. Essa, infatti, riferendosi indistintamente a tutte le fattispecie che incriminano la manifestazione di un pensiero, rischia di dilatare a dismisura la categoria in esame, ricomprendendovi figure criminose che poco (o nulla) hanno a che vedere con i reati di opinione e con le

⁷ Questa è la definizione proposta da F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 206.

problematiche da essi evocate (8). Così, ad esempio, si finirebbe per ricondurre entro tale categoria anche l'ingiuria, la diffamazione o i reati di oltraggio che, pur sostanziandosi di fatto in esternazioni del pensiero, non presentano – come vedremo – le specificità proprie dei reati di opinione (9). Volendo azzardare, poi, la lista potrebbe proseguire con fattispecie quali la falsa testimonianza (art. 372 c.p.), il disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone (art. 659 c.p.), le minacce (art. 612 c.p.), e così via: tutte forme di espressione del pensiero, la cui riconducibilità alla presente categoria, però, appare dubbia anche ad un osservatore inesperto.

Pertanto, appurata l'insufficienza della suddetta definizione che, sbrigativamente, si vorrebbe esaurire in una mera equivalenza tra reati di opinione e atti di manifestazione del pensiero, è necessario individuare – in via preliminare – le classi di ipotesi criminose in riferimento alle quali si è soliti più propriamente impiegare la nozione di “reato di opinione”. Il passo successivo sarà quello di enucleare i tratti comuni a tali fattispecie, di modo che soltanto i reati con quelle specifiche caratteristiche potranno dirsi rientranti a pieno titolo nella categoria oggetto di indagine.

Per ciò che riguarda la classificazione dei reati di opinione, va premesso fin da ora che non esiste un unico criterio classificatorio cui fare riferimento. Ricorrendo al criterio del bene giuridico offeso, ad esempio, la nozione di “reato di opinione” potrebbe applicarsi a quattro classi di ipotesi criminose: il vilipendio, la propaganda e l'apologia contro lo Stato (artt. 272, 290, 291, 292 e 299 c.p.); l'apologia collocata tra i delitti contro l'ordine pubblico (art. 414, co. 3, c.p.); i diversi casi di vilipendio contro la religione (artt. 403, 404 e 406 c.p.); la propaganda razzista *ex art. 3, co. 1, lett. a)*, prima parte, l. n. 654 del 1975 (10).

⁸ È dello stesso avviso A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, p. 690.

⁹ *Contra*, invece, F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 206, che, partendo da una definizione molto ampia ed eterogenea di “reati di opinione”, ritiene che la categoria possa abbracciare anche le fattispecie offensive dell'onore dei singoli, quali l'ingiuria, la diffamazione e i reati di oltraggio. Nello stesso senso, v. L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano 2006, p. 4, per la quale sotto l'etichetta di “reati di opinione” andrebbero ricomprese «anche quelle [disposizioni] che puniscono l'ingiuria e la diffamazione, o quelle che incriminano le pubblicazioni e gli spettacoli osceni».

¹⁰ Questa è la classificazione proposta da A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., p. 691.

Al di là delle specificità proprie di ogni singola ipotesi criminosa, le fattispecie appartenenti alle quattro categorie summenzionate presentano plurime caratteristiche comuni, che ci apprestiamo ad enucleare.

In primo luogo, si tratta di reati che consistono nell'*espressione* recettiva ⁽¹¹⁾ di un pensiero. Da qui le riserve di certa dottrina sulla denominazione "reati di opinione" che, seppur ormai entrata nel linguaggio comune, dovrebbe essere sostituita con quella più corretta di "reati di *espressione*", in ragione della loro vera modalità esecutiva ⁽¹²⁾. Tuttavia, come già si è avuto modo di osservare, il riferimento alla manifestazione di un non meglio definito "pensiero" rischierebbe di ampliare eccessivamente la categoria dei reati di opinione. Si è quindi avvertita la necessità di circoscrivere tale accezione al solo pensiero *critico*, inteso come espressione di un giudizio o di una valutazione ⁽¹³⁾. Sarebbe perciò escluso il pensiero con contenuto meramente narrativo o informativo, riconducibile all'ambito della cronaca giornalistica.

In secondo luogo, le suddette ipotesi delittuose avrebbero in comune una condotta meramente comunicativa, nel senso che oggetto dell'incriminazione sarebbe il solo fatto in sé della comunicazione di un'opinione, a prescindere sia dalla modalità espressiva utilizzata, sia dall'obiettiva capacità della condotta di provocare nella realtà esterna qualcosa di diverso dalla mera ricezione del messaggio. Ciò significa, innanzitutto, che possono esistere reati di opinione realizzabili anche mediante condotte non linguisticamente articolate (è il caso del c.d. *flag burning* o, più in generale, della distruzione della bandiera); inoltre – e questa è una conseguenza di non poco conto – stando alle ultime considerazioni si dovrebbero escludere dalla categoria in esame tutti quei

¹¹ Nel senso che non basta l'*esternazione* del pensiero, ma è altresì necessaria l'altrui *percezione* del pensiero offensivo. Si è espresso in questi termini, in relazione ai delitti di ingiuria e diffamazione, anche F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la persona*, Padova 2005, p. 201.

¹² Così la pensa G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1971, p. 55. Sono dello stesso avviso G. GUARNERI, *Reati d'opinione e opinioni sui reati*, in *Giust. pen.* 1976, fascicolo speciale n. 12-bis in memoria di G. Sabatini, p. 72; P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano 1983, p. 135 e s.

¹³ Il verbo "criticare" e il relativo sostantivo "critica" derivano dal greco "κρίνω", che significa appunto "giudicare".

reati che, pur consistendo in condotte espressive di un pensiero, rilevano penalmente solo in quanto produttive di effetti ulteriori rispetto alla mera ricezione del messaggio valutativo espresso (è il caso, alquanto controverso, dell'istigazione).

Infine, le norme incriminatrici dei reati in questione sono accomunate dall'essere poste a tutela di beni giuridici peculiari, coincidenti con sentimenti o valori morali sovra-individuali. In sostanza, si tratta di beni immateriali ed evanescenti, riconducibili alla titolarità di un insieme indeterminato di soggetti o all'intera collettività dei consociati. Ne deriva che non possono essere etichettate come "reati di opinione" quelle fattispecie che aggrediscono sentimenti individuali, quali l'onore o la dignità di una persona determinata. Da qui la tendenza – seppur non da tutti condivisa – ad escludere dalla categoria in esame ipotesi come l'ingiuria e la diffamazione.

Va peraltro precisato che i reati di opinione turbano solo le sensibilità collettive di alto livello, per usare un'espressione riferibile a valori politico-culturali, religiosi o patriottici, in netta contrapposizione con emozioni di basso livello, come il disgusto o il fastidio. Così, ad esempio, i reati contro il comune senso del pudore non sarebbero reati di opinione, poiché offensivi di sensibilità che costituiscono la reazione emotiva indotta dalla bassa considerazione di un certo oggetto o entità (14).

Pertanto, stando alla suddetta classificazione e tirando le fila di quanto detto sinora, i "reati di opinione" non sarebbero altro che manifestazioni recettive di un pensiero critico, consistenti in condotte meramente comunicative, che offendono sentimenti o valori morali sovra-individuali e di livello alto (15).

Tuttavia, l'analisi storica delle fattispecie (v. *infra* par. 3) suggerisce di tracciare una classificazione alternativa a quella sopra proposta, che vorrebbe suddividere i reati di opinione in due grandi gruppi: da un parte

¹⁴ V. sul punto J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. II. Offences to Others*, New York – Oxford, 1985, p. 16.

¹⁵ Una definizione pressoché analoga è fornita da A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., p. 696, secondo il quale «sono reati di opinione quelli in cui una condotta è presa in considerazione dal legislatore solo in quanto espressione, verbale o comportamentale, di un'opinione turbativa della sacralità concettuale di certi valori morali sovra-individuali o di una sensibilità collettiva rispetto a certi valori morali».

vi sarebbero le fattispecie di *offesa*, cui ricondurre le ipotesi di offesa in senso stretto e di vilipendio; dall'altra le fattispecie di *provocazione*, comprensive di tutte le ipotesi di istigazione, apologia e propaganda ⁽¹⁶⁾.

Senonché, quest'ultima classificazione appare alquanto criticabile, poiché include nella categoria in esame anche fattispecie che non presentano i tratti tipici dei reati di opinione. Alcuni reati di offesa, ad esempio, costituiscono reati di opinione solo in senso improprio, giacché si sostanziano in offese all'onore e al prestigio di persone determinate, come il Presidente della Repubblica (art. 278 c.p.) o i Capi di Stato esteri. Si tratta, in sostanza, di ingiurie particolarmente qualificate, e già si è visto che l'ingiuria non può essere considerata un reato di opinione, in quanto non aggredisce un sentimento diffuso o collettivo, ma si dirige contro la sensibilità di singoli individui. Inoltre, l'ultima classificazione prospettata enumera tra i c.d. reati di provocazione anche l'istigazione. Ma è stato osservato che l'istigazione penalmente rilevante deve necessariamente tradursi in un *quid pluris* rispetto alla mera ricezione del messaggio espresso. Nei reati di istigazione, infatti, non è (o meglio, non dovrebbe essere) incriminata la semplice espressione di un'opinione, richiedendosi quantomeno un "cominciamento" dell'azione (v. *infra* cap. IV).

In realtà, a modesto avviso di chi scrive, non esiste un modello classificatorio preferibile in termini assoluti. Se la classificazione improntata al criterio del bene giuridico si presta, meglio di altre, all'individuazione delle caratteristiche tipiche dei reati di opinione, quella che prende le mosse dall'analisi storica delle fattispecie, pur essendo contestabile sotto diversi aspetti, opera un raggruppamento "trasversale" dei vari reati, che si rivela molto utile ai fini dell'esposizione di questo lavoro. Pertanto, alla luce di queste considerazioni, prenderemo come riferimento la definizione di "reati di opinione" che discende dalla prima classificazione, ma nell'analisi delle singole fattispecie ci serviremo della

¹⁶ Questa classificazione è proposta da L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., p. 101 e, in parte, ricalca quella già individuata da T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen* 1982, p. 39, che include tra i reati di opinione l'istigazione e i "reati di offesa", vale a dire i vari oltraggi od offese all'onore di persone rivestite di funzioni costituzionali o comunque politiche.

più lineare suddivisione tra reati di offesa e reati di provocazione, focalizzando la nostra attenzione in particolare su questi ultimi.

1.1. I reati di offesa.

Le fattispecie di offesa si distinguono, al loro interno, tra reati di offesa in senso stretto e reati di vilipendio.

Tra i primi, la cui riconducibilità alla categoria dei reati di opinione è fortemente discussa (v. *supra* par. 1), vanno menzionati i reati di offesa all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica e di chi ne fa le veci (artt. 278 e 290-*bis* c.p.), nonché gli abrogati reati di offesa all'onore dei Capi di Stati esteri e dei loro rappresentanti (artt. 297 e 298 c.p.)⁽¹⁷⁾. Si tratta di ipotesi delittuose che costituiscono un segno ancora tangibile del fenomeno di attrazione della sfera di tutela dell'onorabilità della persona in quella dell'onorabilità dello Stato. In altre parole, esse strumentalizzano un bene personalissimo come la dignità umana al fine di garantire il prestigio delle istituzioni e, così facendo, contrastano con la natura personalistica del nostro sistema costituzionale, che presuppone la centralità dell'individuo rispetto al sistema stesso. Oltre a costituire un tipico esempio di personificazione dello Stato – operazione che annichilisce la persona umana come valore etico in sé – i reati di offesa in senso stretto confliggono anche con il diritto di manifestazione del pensiero *ex art.* 21 Cost., che qui subisce limitazioni dettate dall'esigenza di tutelare il prestigio delle istituzioni statali.

Ma sono le ipotesi di vilipendio a suscitare le maggiori perplessità. A partire dall'ambiguità del verbo "vilipendere", considerato da un'attenta dottrina «un'ipocrita invenzione dello Stato liberale per limitare le libertà che da poco erano state riconosciute»⁽¹⁸⁾. L'opinabilità di tale accezione

¹⁷ L'abrogazione di queste fattispecie è avvenuta ad opera della l. n. 85 del 2006.

¹⁸ P. BARILE, *Il "vilipendio" è da abolire*, in *Temi* 1969, p. 540. La dottrina e la giurisprudenza sono comunque unanimi nel ritenere che "vilipendere" significhi "manifestare disprezzo o dileggio", "tenere a vile". Tuttavia, alcuni Autori, tra cui E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna 1984, p. 140, sono del parere (assai condivisibile) che l'accezione di "vilipendio" necessiti di una complessa e delicata operazione di «riempimento concettuale» da parte degli interpreti, con tutte le

contraddice il principio di determinatezza e crea forti compressioni all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, sebbene la Corte costituzionale abbia mantenuto nel tempo un atteggiamento piuttosto conservatore nei confronti di queste fattispecie ⁽¹⁹⁾.

Nell'ambito dei reati di vilipendio si è poi soliti distinguere tra reati di vilipendio politico, quali il vilipendio delle istituzioni costituzionali (art. 290 c.p.), il vilipendio alla nazione italiana (art. 291 c.p.) e il vilipendio o danneggiamento della bandiera o di altro emblema dello Stato (art. 292), e reati di vilipendio religioso *ex artt.* 403 e 404 c.p., tutti interessati dalla riforma dei reati di opinione ⁽²⁰⁾.

Ad una prima analisi dei reati di vilipendio politico, viene spontaneo chiedersi se le istituzioni statali debbano essere intese nella loro entità astratta o, invece, quali istituzioni concrete e agenti in un determinato momento storico. In ogni caso, quale che sia la loro natura, «proporre, *sic et simpliciter*, il “prestigio” delle istituzioni come limite della manifestazione del pensiero, significa rifuggire del tutto dall'approfondire l'autentico significato della garanzia costituzionale della libertà di pensiero» ⁽²¹⁾. Cioè a dire: siamo certi che l'esigenza di garantire il prestigio degli apparati statali possa limitare un diritto personalissimo dell'individuo, come quello di manifestare liberamente il proprio pensiero? Una risposta affermativa a questa domanda implicherebbe l'assurda premessa che «le istituzioni siano così deboli e malsicure, da crollare di fronte ad ogni espressione men che

conseguenze in termini di eccessiva discrezionalità e arbitrio che ne potrebbero derivare.

¹⁹ V. C. cost., sent. n. 20 del 24 gennaio 1974, consultabile sul sito www.cortecostituzionale.it, che considera l'ipotesi criminosa *ex art.* 290 c.p. perfettamente compatibile con il dettato costituzionale, ed in particolare con gli artt. 3, 21 e 25 Cost. In senso conforme, v. C. cost., sent. n. 71 del 23 maggio 1978, con nota di L. STORTONI, *L'incostituzionalità dei reati di opinione: una questione liquidata?*, in *Foro it.* 1979, p. 898

²⁰ A seguito dell'intervento della l. n. 85 del 2006, la sanzione prevista per le summenzionate ipotesi di vilipendio politico è ora esclusivamente pecuniaria. In particolare, per il vilipendio della bandiera, è stato specificato che la condotta di vilipendio di cui al primo comma dell'art. 292 c.p. deve avvenire mediante “espressioni ingiuriose”; al secondo comma, invece, è stata introdotta la previsione di una condotta “materiale” di distruzione, dispersione, deterioramento e imbrattamento. Modifiche analoghe sono state apportate anche alle ipotesi di vilipendio religioso di cui agli artt. 403 e 404 c.p. V. *infra* par. 3.4.

²¹ C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova 1972, p. 114. In senso conforme, D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, cit., p. 193. *Contra* G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Legge penale e libertà di pensiero (atti del III Convegno di diritto penale, Bressanone 1965)*, Padova 1966, p. 100.

rispettosa» (22). Il che è paradossale. Per altro verso, si rivela fuorviante anche l'orientamento che indica come *ratio* dell'incriminazione del vilipendio politico la necessità di reagire al pericolo di disobbedienza (23). Difatti, «la libertà di critica è pericolosa per natura, anzi per funzione: modificando idee e atteggiamenti, tende a “turbare” (in meglio o in peggio) l'ordine esistente. Pertanto, o si vuole la libertà, e allora se ne devono necessariamente accettare tutti i rischi. Oppure si ha paura di certe conseguenze, e allora la libertà va soppressa» (24). *Tertium non datur*.

Considerazioni analoghe valgono anche per il vilipendio della bandiera, di cui, peraltro, la Cassazione continua a ribadire la piena compatibilità costituzionale, affermando che la bandiera nazionale non è penalmente tutelata come oggetto in sé, ma unicamente per il suo *valore simbolico*, suscettibile di essere leso anche da semplici manifestazioni verbali di disprezzo (25). Non a caso, si tratta di un classico esempio di legislazione penale meramente “simbolica” (26), che sacrifica le fondamentali istanze di offensività e materialità del reato a tutela di non meglio definiti ideali. Quasi che la legge penale, ribaltando i tradizionali rapporti tra norme sociali e norme giuridiche, divenisse «fonte di regole etiche» o «canone inderogabile del giudizio morale» (27).

Quanto ai reati di vilipendio della religione (28), altrettanto inaccettabile è l'idea che la manifestazione del pensiero possa incontrare un limite nel

²² C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 114.

²³ Questa tesi è sostenuta da G. BOGNETTI, *Vilipendio del Governo e principi costituzionali di libertà*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1960, p. 959; F. DEAN, *Sui limiti penalistici della libertà di critica politica*, in *Legge penale e libertà di pensiero (atti del III Convegno di diritto penale, Bressanone 1965)*, Padova 1966, p. 326 e s.

²⁴ D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero*, cit., p. 198.

²⁵ V. Cass. pen., sez. I, 29 ottobre 2003, in *Dir. pen. e proc.* 2004, p. 282.

²⁶ Sull'accezione di “legislazione penale simbolica”, su cui vi avrà comunque modo di tornare *infra*, v. L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica del dir.* 1994, p. 14; E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti tra teorie e “prassi”*, Torino 2008, p. 271 e ss. Evidenzia l'opportunità di contrastare il fenomeno della legislazione simbolica anche F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1998, p. 350 e ss.

²⁷ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 69.

²⁸ Sui delitti di vilipendio della religione v. diffusamente M. BERRI, *In tema di libertà di opinione e dei reati di vilipendio della religione e di bestemmia*, in *Temi Romana* 1990, p. 1; S. BERLINGÒ, *Libertà di “religione” e “diritto” di vilipendio*, in *Il dir. eccles.* 1975, I, p. 201; P. CIPOLLA, *Il nuovo diritto penale della religione alla luce dei lavori preparatori*

sentimento religioso. È a dir poco inconcepibile che un ordinamento come il nostro, che si professa liberale, si preoccupi ancora oggi di tutelare le confessioni religiose in quanto istituzioni e non, invece, la libertà di ciascuno di esprimere il proprio atteggiamento religioso ⁽²⁹⁾. La religione, infatti, come la politica, è ricompresa tra le materie “privilegiate” ⁽³⁰⁾, quelle cioè in cui la libertà di pensiero assurge a caratterizzare la democrazia pluralistica. Pertanto, è solo mettendo *tutto* in discussione che si arriva a realizzare una libertà di pensiero veramente “libera”.

In passato – quasi a voler giustificare la portata repressiva delle fattispecie in esame – si era soliti distinguere il vilipendio dalla critica. Quest’ultima, per essere lecita, doveva tradursi in espressioni composte e dignitose, frutto di un’indagine seria, motivata e consapevole, condotta da persone fornite delle necessarie attitudini e di adeguata preparazione; laddove, invece, fosse stata connotata da espressioni volgari e grossolane, al limite del turpiloquio, la critica sarebbe trasmodata nel vilipendio ⁽³¹⁾. Sennonché, questo orientamento giurisprudenziale, oltre a confermare il trasferimento della tutela penale dalla religione come patrimonio di idee alla religione come istituzione, evidenziava una discriminazione fortemente classista tra «libertà dei baccellieri e libertà degli analfabeti» ⁽³²⁾, per cui la scarsa istruzione diveniva uno dei presupposti della responsabilità penale. Questo atteggiamento mentale, che di fatto impediva ai soggetti non istruiti di partecipare al dibattito politico e religioso, si è fatto sempre più radicale, fino ad identificare il vilipendio con la mera affermazione di valori

della l. 24 febbraio 2006, n. 85, in *Giur. merito* 2009, p. 1753; N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 2009, p. 594; V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 2005, p. 651; D. PULITANÒ, *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1969, p. 224; P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, cit., p. 135.

²⁹ In questi termini si esprime anche T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto* 2006, p. 28, che precisa come il bene giuridico da tutelare sia «la libertà religiosa, non la religione».

³⁰ La distinzione tra materie “privilegiate” (politica, religione, arte e scienza) e materie “comuni” è teorizzata da S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano 1957, p. 55 e ss. (v. *infra* par. 2.1).

³¹ V., per tutte, Cass. pen., 20 giugno 1966, in *Giust. pen.* 1967, II, p. 426.

³² Così si esprime F. FINOCCHIARO, *Propaganda religiosa e vilipendio della religione cattolica (art. 402 c.p.)*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 1962, p. 493. Analogamente, N. CAMPISI, *I reati di vilipendio*, Padova 1968, p. 118; A.C. JEMOLO, *Lo Stato può difendersi*, in *Giur. cost.* 1970, p. 957, il quale, per quanto convinto che «sarebbe un gran bene che nessuno parlasse di ciò che non conosce», ammette di reagire sempre ad ogni tentativo di «chiudere per forza la bocca agl’incolti».

antagonistici a quelli dominanti (33). Così, se prima si incriminava la forma del discorso, oggi si punisce direttamente la contestazione, in sé e per sé, di certe ideologie o valori etico-spirituali. Il che, se possibile, è ancora peggio.

1.2. I reati di provocazione.

Se, rispetto alle fattispecie di offesa, è possibile osservare il singolare fenomeno della personificazione dello Stato, i reati di provocazione – cui sono assimilabili tutte le ipotesi di propaganda, apologia e istigazione – si caratterizzano per un fenomeno altrettanto peculiare: la politicizzazione dei reati di espressione (34). È infatti nei momenti di maggior tensione sociale che il legislatore ricorre all'incriminazione delle opinioni, potendo queste risultare "politicamente scomode". Tant'è che i momenti di massima espansione dei reati di provocazione (sia sotto il profilo della portata sanzionatoria, sia in termini di proliferazione delle fattispecie) coincidono soprattutto con le fasi dell'emergenza anarchica di fine Ottocento e con l'emanazione dei provvedimenti in difesa dello Stato da parte del regime fascista. In particolare, il legislatore di fine Ottocento, per impedire la diffusione di idee anarchiche e sovversive, introduce *ex novo* la fattispecie di istigazione dei soldati a disobbedire alle leggi, prevedendo altresì un aumento di pena per l'istigazione a delinquere e per l'apologia di delitti commessi col mezzo della stampa. Il ricorso ai reati di opinione come strumenti volti a reprimere il dissenso politico è ancora più evidente nell'operato del legislatore fascista che, oltre a mantenere in vigore diverse ipotesi di apologia, punisce le attività di propaganda contrarie al regime.

³³ V. Cass. pen., 20 febbraio 1967, in *Giur. it.* 1967, II, p. 273, secondo cui «sarebbe infondato far dipendere la sussistenza del vilipendio dalle caratteristiche della espressione (volgarità, grossolanità, turpitudine dei termini), essendo sufficiente che il fatto si risolva in una manifestazione sostanzialmente dispregiativa dei valori etico-spirituali cui gli appartenenti al gruppo associato si mantengono fedeli».

³⁴ In questi termini si esprime L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 101, riprendendo un'espressione usata da G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1965, p. 643, il quale, tra le ripercussioni di un atteggiamento negatore della libertà di pensiero sulle fondamentali strutture del diritto penale, enumera anche «la *politicizzazione* di ogni reato onde poter più prontamente e duramente colpire».

Tuttavia, quello dell'incriminazione delle opinioni è un fenomeno che non appartiene esclusivamente al passato. I reati di provocazione, infatti, tornano d'attualità ogni volta in cui si presenti una situazione di emergenza o di allarme sociale che il legislatore è incapace di fronteggiare in altro modo. Pensiamo, ad esempio, alla c.d. legge Scelba ⁽³⁵⁾ che, per scongiurare la riaffermazione del partito unico fascista, prevede «due fattispecie criminose di matrice esclusivamente ideologica» ⁽³⁶⁾, quali l'apologia del fascismo (art. 4) e le manifestazioni fasciste (art. 5). Oppure, in tempi più recenti, si pensi alla l. n. 654 del 1975 di attuazione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, «evidente frutto di una precisa scelta politica internazionale» ⁽³⁷⁾ di mettere al bando ogni manifestazione ideologica fondata sulla diversità tra gruppi etnici e razziali. Questa normativa – analogamente a quella contenuta nella legge Mancino ⁽³⁸⁾, emanata sull'onda della c.d. “emergenza *naziskin*” – si propone il fine (utopistico) di garantire una comunità internazionale fondata sui principi di tolleranza e pacifica convivenza tra gli individui. Ma, paradossalmente, lo fa a discapito della libertà di manifestazione del pensiero, incriminando anche la mera propaganda di idee che, per quanto sconvenienti e raccapriccianti, sono pur sempre e soltanto idee. In sostanza, si tratta di disposizioni dalla forte valenza simbolica ed enunciativa, con cui le forze politiche al potere, incapaci di contrastare altrimenti certi fenomeni socio-criminali, prendono posizione su di «un problema di particolare contenuto ideologico e di pregnante significazione politica» ⁽³⁹⁾. La conseguenza di un simile atteggiamento legislativo, però, non tarda a manifestarsi: sempre più di frequente, infatti, si assiste allo stravolgimento dei principi cardine del moderno diritto penale del fatto e allo svilimento del ruolo primario della legge penale che, invece di veicolare messaggi politici, dovrebbe

³⁵ Si tratta della legge n. 645 del 23 giugno 1952.

³⁶ A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino 1991, p. 140.

³⁷ E. FIORINO, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali*, in *Cass. pen.* 1999, p. 984.

³⁸ Ci si riferisce alla l. n. 122 del 26 aprile 1993, recante “Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa”.

³⁹ L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, cit., p. 14.

preoccuparsi innanzitutto di punire i soli fatti offensivi di interessi meritevoli di tutela.

I reati di provocazione si suddividono, a loro volta, in tre grandi gruppi: un primo gruppo è costituito dalle ipotesi di propaganda; seguono diverse figure criminose riconducibili al *genus* apologia e, infine, vi sono le ipotesi speciali di istigazione, la cui disciplina differisce da quella generale di cui all'art. 115 c.p. Si tratta di fattispecie molto variegata tra loro, animate dalle *rationes* più diverse, ma pur sempre accomunate dal medesimo obiettivo: limitare la libertà di manifestazione del pensiero, realizzando una sorta di controllo sociale sulle opinioni. Quanto alla loro collocazione topografica, i reati di provocazione sono rintracciabili sia nel codice penale, sia in una miriade di leggi speciali emanate in un arco di tempo piuttosto consistente, che va dall'immediato dopoguerra ai giorni nostri.

In particolare, per quanto riguarda le fattispecie appartenenti al primo sottogruppo (v. *infra* cap. II), è opportuno chiarire in via preliminare che l'accezione di "propaganda" si riferisce all'«espressione pubblica del proprio pensiero circa idee e dottrine, con la sola intenzione di diffondere le medesime» (40). Mancherebbe, quindi, nella propaganda, quella carica di suggestione e di spinta all'azione che invece ritroviamo in altri reati di provocazione. A livello codicistico, la principale ipotesi di propaganda era rappresentata dal delitto di propaganda sovversiva o antinazionale ex art. 272 c.p., recentemente abrogato dalla l. n. 85 del 2006, che ha apportato alcune modifiche anche alla fattispecie *extra codicem* – tutt'ora in vigore – di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico (art. 3, comma 1, lett. a), prima parte, l. n. 654 del 1975).

L'apologia (v. *infra* cap. III), invece, si sostanzia nell'esposizione di ragioni a favore di una dottrina, di un fatto illecito o del suo autore, che vengono esaltati con la finalità di suggestionare gli ascoltatori, volendone provocare sì l'adesione, ma non un coinvolgimento tale da attivarne la volontà. In sostanza, l'apologia – analogamente alla propaganda – si limita ad «influenzare solo la sfera intellettuale e non anche quella volitiva» (41) del

⁴⁰ Questa definizione, a mio avviso molto condivisibile, è fornita da G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. II, Roma 2007, p. 1.

⁴¹ F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 214. In termini analoghi si esprime G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, cit. p. 1.

destinatario. Peraltro, si potrebbe dire che l'apologia presuppone un *quid pluris* rispetto alla mera propaganda: il discorso dell'apologeta, infatti, necessita di un forte impegno nell'esaltazione e di una notevole carica di suggestione che, invece, non sono richiesti nell'attività di chi si limita a diffondere il proprio pensiero su idee o dottrine. Nel contempo, l'apologia ha qualcosa in meno rispetto all'istigazione che – come vedremo – tende ad *attivare la volontà* del soggetto istigato, e non solo a coinvolgerlo intellettualmente. Anche per queste ragioni, l'apologia verrà trattata dopo la propaganda e prima dell'istigazione, costituendo il punto di intersezione tra il discorso propagandistico e quello istigatorio. Il nostro ordinamento conosce diverse ipotesi di apologia: nel codice, dopo l'abrogazione dell'apologia sovversiva o antinazionale, è rimasta presente solo l'apologia di delitto *ex art. 414, comma 3, c.p.* – sebbene di recente, come reazione all'allarmante fenomeno del terrorismo internazionale, lo stesso art. 414 sia stato arricchito di un ulteriore comma, che prevede un'apposita figura di apologia per i soli delitti di terrorismo e per i crimini contro l'umanità⁽⁴²⁾; a livello di legislazione speciale, invece, vanno menzionate l'apologia del fascismo (art. 4, l. n. 645 del 1952) e l'apologia di genocidio (art. 8, l. n. 962 del 1967).

Quanto all'istigazione (v. *infra* cap. IV), già si è detto di come tale forma di manifestazione del pensiero debba essere «causalmente idonea a determinare un'azione violenta o, almeno, a creare un concreto pericolo di una tale azione»⁽⁴³⁾. Diversamente dall'apologia e dalla propaganda, quindi, l'istigazione deve spingersi *oltre* la sfera intellettuale del destinatario, fino ad incidere sulla volontà del medesimo⁽⁴⁴⁾. In questo modo, il soggetto istigato viene direttamente indotto a tenere un comportamento contrario all'ordinamento giuridico. Ed è proprio questa

⁴² L'intervento è avvenuto ad opera del d. l. n. 144 del 2005: l'ennesimo esempio di "legislazione dell'emergenza", con forte valenza simbolica ed enunciativa. La fattispecie in questione, tra l'altro, ha creato non pochi problemi di coordinamento con la già esistente ipotesi di apologia di genocidio (art. 8, l. n. 962 del 1967).

⁴³ F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 214.

⁴⁴ Per la precisione, si può incidere nell'altrui sfera volitiva in due diversi modi: facendo sorgere in altri un proposito criminoso prima inesistente oppure rafforzando una proposito criminoso già esistente. Si è parlato, a tal proposito, di istigazione primaria (o determinazione) e di istigazione secondaria (o rafforzamento). V., sul punto, R. DOLCE, voce *Istigazione a delinquere*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, p. 995.

prossimità rispetto all'azione criminosa ad instillare il ragionevole dubbio che l'istigazione non rientri tra i reati di opinione. Le conseguenze della condotta istigatoria, infatti, non possono rimanere confinate nell'impalpabile mondo delle idee, ma devono materializzarsi nella concreta probabilità che l'istigato ponga in essere un'azione violenta. In sostanza, si richiede qualcosa in più rispetto alla mera ricezione dell'opinione espressa dall'agente che, invece, abbiamo visto essere requisito necessario e sufficiente dei reati di opinione. Le principali ipotesi istigative speciali contemplate dal nostro ordinamento sono l'istigazione a delinquere *ex art. 414 c.p.* e l'istigazione a disobbedire alle leggi di cui all'*art. 415 c.p.*, nonché l'istigazione all'odio razziale, descritta dall'*art. 3, comma 1, lett. a) e b), l. n. 654 del 1975*, e la pubblica istigazione a commettere atti di genocidio *ex art. 8, l. n. 962 del 1967*.

2. Le problematiche sottese ai reati di opinione.

I reati di opinione, come già anticipato a chiare lettere dal titolo di questo capitolo, costituiscono una categoria controversa sotto più profili.

Innanzitutto, essi confliggono con la fondamentale libertà di manifestazione del pensiero, che l'*art. 21 Cost.* riconosce ad ogni essere pensante. Da qui la necessità di capire se questo diritto sia assoluto o relativo e – in quest'ultimo caso – quali siano gli eventuali limiti da apporvi, per poter tracciare la giusta linea di confine tra libertà d'espressione e responsabilità penale. In secondo luogo, l'individuazione del bene giuridico offeso dai reati di opinione non è affatto immediata, né scontata. Il più delle volte, ci si riferisce ad accezioni astratte e intangibili, come quelle di "ordine pubblico" o di "sentimento nazionale" che, anziché conferire un minimo di offensività al fatto, ne sottolineano il *deficit*. Peraltro, l'inafferrabilità del bene giuridico non si esaurisce esclusivamente in una carenza di offensività, ma si traduce anche in una forte indeterminatezza delle fattispecie, i cui confini appaiono visibilmente sfuggenti e indefiniti. Da ultimo, la categoria in esame pone non pochi problemi anche sotto il profilo sanzionatorio, data l'evidente sproporzione tra il fatto commesso, consistente nella mera

manifestazione di un'opinione, e la pena prevista, che in molti casi viene ancora a coincidere con quella della reclusione.

Il quadro che si prospetta, quindi, è tutt'altro che rassicurante: si tratta di fattispecie che, oltre a porsi in netto contrasto con l'art. 21 Cost., disattendono pressoché tutti i principi cardine del diritto penale, da quello di offensività a quello di legalità, con inevitabili ripercussioni anche sul piano della materialità del fatto e della proporzionalità della pena.

2.1. Il difficile equilibrio tra libertà di espressione e reati di opinione.

La libertà d'espressione può essere concepita sia come fine a se stessa, sia come mezzo al servizio di un fine più elevato, che solitamente viene fatto coincidere con la verità o con la democrazia. La prima prospettiva è indubbiamente riduttiva. Infatti, se si considera la manifestazione del pensiero come uno strumento volto a garantire l'esclusiva felicità individuale, la speciale tutela accordata a tale libertà dovrebbe essere riconosciuta anche al gioco, al consumo e a tutto ciò che consente all'uomo di realizzare le proprie aspirazioni ⁽⁴⁵⁾. È quindi preferibile la seconda accezione, che percepisce il diritto in questione come un mezzo a servizio della verità ⁽⁴⁶⁾ o, in alternativa, come un elemento essenziale del processo democratico ⁽⁴⁷⁾. Sennonché, anche queste concezioni presentano alcune debolezze: in particolare, la giustificazione fondata sulla verità ripone un'eccessiva fiducia nei consociati e nella loro capacità di discernere le teorie vere da quelle false; le stesse obiezioni sono ascrivibili anche alla teoria che ravvisa nella libertà di espressione un mezzo per realizzare la democrazia: non tutte le decisioni popolari, infatti, potrebbero essere giuste. Tuttavia, come è stato correttamente osservato, quando si

⁴⁵ M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, in *Ragion pratica* 1997, p. 195.

⁴⁶ Questa idea è sostenuta soprattutto da J.S. MILL, *On liberty*, cit., il quale ritiene che «per stabilire la verità, occorre esaminare e comparare tutte le tesi, tanto le meglio fondate quanto quelle che sembrano più strane. Anche se tutte le idee non sono giuste, il pubblico sarà in grado alla fine di distinguere, perché ci sono più possibilità di pervenire alla verità se sono stati scambiati tutti gli argomenti e infinitamente meno se il potere politico ha intrapreso la costruzione di una verità ufficiale».

⁴⁷ V., per questa prospettiva, A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and its relation to self-government*, in *Political freedom: the constitutional powers of the people*, Oxford 1965.

soppesano *tutte* le opinioni, la decisione popolare sarà sempre la migliore possibile, posto che è lo stesso processo ad essere giusto, consentendo il confronto tra le opinioni stesse (48).

Quanto all'*oggetto* della libertà d'espressione, esistono diverse teorie che si propongono di individuare le condotte rientranti nella garanzia di tale libertà. Secondo la teoria più risalente, sarebbero protette dall'art. 21 Cost. solo quelle manifestazioni del pensiero aventi ad oggetto le c.d. "materie privilegiate", quali l'arte, la scienza, la politica e la cultura; ne sarebbero escluse, invece, le materie comuni o non privilegiate (49). Con questa distinzione, però, si rischia di «spezzare in due, senza alcuna base positiva, la libertà di pensiero» (50). Peraltro, si prospetta «la difficoltà pratica di stabilire, ad es., cosa è arte e cosa non lo è, se un concetto è scientifico oppure no» (51). Eventualità, quest'ultima, che si presenta soprattutto nel campo della ricerca storica, spesso interessata da fenomeni quali il revisionismo o il negazionismo, che di scientifico sembrano avere assai poco (v. *infra* cap. V).

Un'altra teoria afferma testualmente che «non è pensiero ciò che non può essere posto a un così alto livello di considerazione per cui non può godere della garanzia costituzionale» (52). In particolare, sarebbero esclusi dalla portata dell'art. 21 Cost. «la menzogna, la falsità, vale a dire l'opposto della verità, (...) il furto del pensiero altrui» (53), nonché l'istigazione, l'apologia e la propaganda. Tuttavia, la suddetta definizione di "non pensiero" è chiaramente tautologica, e quindi inutile ai fini della nostra indagine, giacché si limita ad asserire che *non è pensiero* ciò che *non* può essere posto al livello di *pensiero*; a non convincere, inoltre, è l'estrema

48 M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, cit., p. 196.

49 S. FOIS, *Principi costituzionali*, cit., p. 55 e ss.; analogamente, G. DELITALA, *I limiti giuridici della libertà di stampa*, in *Iustitia* 1959, p. 383; G. COGNETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero in materia ecclesiastica e apologia di reato*, in *Il dir. eccles.* 1964, II, p. 276.

50 P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1964, p. 430; così anche G. ZUCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Legge penale e libertà di pensiero (atti del III Convegno di diritto penale, Bressanone 1965)*, Padova 1966, p. 84.

51 G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino 2005, p. 106.

52 G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici*, cit., p. 653.

53 G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici*, cit., p. 653.

eterogeneità delle forme espressive richiamate, che nulla sembrano avere in comune.

Vi è poi una teoria – certamente più convincente e meglio strutturata della precedente – che si fonda sulla distinzione tra atti non linguistici (gesti) e atti linguistici (parole) ⁽⁵⁴⁾. I primi, a loro volta, si distinguono in gesti che, pur essendo dettati da un'opinione, si sostanziano in qualcosa di più rispetto alla mera manifestazione dell'opinione stessa (es. bruciare una cartolina di precetto militare: gesto dettato da un'opinione antimilitarista che, però, consiste prima di tutto nel rifiuto di sottomettersi all'obbligo di leva), e gesti finalizzati esclusivamente ad esprimere un pensiero o un ideale (es. bruciare la bandiera). Secondo la teoria in esame, solo questi ultimi rientrerebbero nella garanzia prevista dall'art. 21 Cost., mentre i primi, in quanto atti *tout court*, ne sarebbero esclusi ⁽⁵⁵⁾. Quanto agli atti linguistici, invece, è necessario distinguere tra parole che si limitano ad esprimere un'opinione, come tali protette dal principio di libertà d'espressione, e parole che fanno molto di più che comunicare un'opinione e che, quindi, sono punite perché sconfinano nel terreno degli atti in senso stretto (es. gridare “al fuoco” in un teatro gremito per provocare il panico: pur trattandosi di parole, esse non sono “soltanto parole” ⁽⁵⁶⁾, ma si sostanziano in un atto che è causa diretta di un danno) ⁽⁵⁷⁾. Questa teoria, peraltro, richiama la tesi elaborata in materia di reati di opinione dalla giurisprudenza costituzionale italiana che, partendo dalla distinzione tra “pensiero” e “azione”, accorda la garanzia della libertà d'espressione solo a quelle condotte che si esauriscano in una manifestazione del pensiero, e

⁵⁴ La teoria in questione è esposta da M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, cit., pp. 197 e 198.

⁵⁵ È sulla base di questa distinzione che alcune femministe americane ritengono che la pornografia debba essere punita, in quanto “atto” e non mera espressione di un'opinione. Sul punto, v. F.S. HAIMAN, *Speech and Law in a Free Society*, Chicago 1981; C.A. MACKINNON, *Only words* [trad. it. *Soltanto parole*], Milano 1999, secondo la quale «*pornography, racial and sexual harassment, and hate speech are acts of intimidation, subordination, terrorism, and discrimination, and should be legally treated as such*».

⁵⁶ Il riferimento è all'opera di C.A. MACKINNON, *Only words* [trad. it. *Soltanto parole*], Milano 1999.

⁵⁷ È dello stesso avviso K. GREENAWALT, *Speech, Crime & the Uses of Language*, New York – Oxford 1989, p. 40, secondo il quale «*communications whose dominant purpose is to accomplish something rather than to say something are not reached by the principle of free speech*».

non anche in una realizzazione, seppur abbozzata, dell'azione ⁽⁵⁸⁾. Ora, premesso che in certi casi è impossibile tracciare una linea di demarcazione netta tra “pensiero” e “azione” ⁽⁵⁹⁾, va dato atto di come anche quest'ultima tesi – pur sembrando molto più convincente rispetto alle altre – non risulti del tutto esaustiva, poiché si limita a definire la portata della libertà d'espressione in chiave meramente *ontologica*, senza interrogarsi su quali siano le *ragioni* per cui certe condotte contrastino con l'art. 21 Cost.

È quindi opportuno ricercare una definizione *teleologica* di libertà d'espressione, in base alla quale non esistono condotte che, in virtù di proprie caratteristiche strutturali, rientrano nella garanzia di cui all'art. 21 Cost. e condotte che invece ne sono escluse, posto che «qualunque condotta vi può rientrare (...), a seconda delle ragioni per cui, e del punto di vista dal quale, essa sia presa in considerazione dalla legge» ⁽⁶⁰⁾. Questa impostazione parte dalla premessa che ogni condotta si compone di un aspetto spirituale (o interno) e di un aspetto materiale (o esterno). Allo stesso modo, ogni manifestazione del pensiero può essere presa in considerazione tanto per il suo *contenuto* espresso, quanto per la sua *forma*, da intendersi come azione produttrice di effetti nella realtà circostante. A fronte di questa bipartizione, quindi, la condotta consistente nella manifestazione del pensiero potrebbe essere vietata sia in forza di una norma che vieta l'espressione di un certo contenuto di pensiero, sia in forza di una norma che vieta la produzione di certi effetti nel mondo esterno. Ma «mentre una norma di questo secondo tipo non chiama in alcun modo in causa la garanzia costituzionale della libertà di espressione (...), un norma

⁵⁸ In questo senso, v. C. Cost., sent. n. 16 del 14 febbraio 1973, reperibile su www.cortecostituzionale.it, per cui «l'istigazione non è pura manifestazione del pensiero, ma è azione e diretto incitamento all'azione, sicché essa non risulta tutelata dall'art. 21 Cost.». In termini analoghi, v. C. Cost., sent. n. 126 del 29 aprile 1985, *ivi*, che specifica come «non sia sufficiente la critica anche aspra delle istituzioni (...) ma occorra un incitamento all'azione, e quindi un principio di azione», affinché si possa configurare un fatto penalmente rilevante.

⁵⁹ Secondo A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.* 1969, p. 1194, «la manifestazione del pensiero in materia politica si presenta come indissolubilmente legata all'azione». In termini analoghi, sul collegamento tra pensiero e azione, v. O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano 1975, p. 98 e p. 130, per cui «*every idea is an incitement*».

⁶⁰ A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., p. 703.

del primo tipo contrasterebbe evidentemente con l'art. 21 Cost.»⁽⁶¹⁾, poiché il principio costituzionale di libertà d'espressione impedisce al legislatore di vietare una condotta per il solo fatto che questa comunichi un certo messaggio e un'idea. In questi termini, si può dire che una norma contrasta con l'art. 21 Cost. quando, nel vietare una condotta, la considera penalmente rilevante solo in quanto espressiva di un pensiero, e non anche perché produttiva di effetti materiali, percepibili nel mondo fisico attraverso i cinque sensi. Ed è proprio a partire da queste considerazioni che si spiega la piena legittimità delle fattispecie istigative e la loro esclusione dalla categoria dei reati di opinione: l'istigazione, infatti, non viene punita in quanto espressione di un contenuto di pensiero, ma in ragione della sua capacità di produrre l'effetto sociale di un incitamento di altre persone alla commissione di reati (v. *infra* cap. IV).

Individuato l'oggetto della libertà d'espressione, è ora necessario chiedersi quali siano le *funzioni* di questo diritto. Secondo la dottrina statunitense⁽⁶²⁾, le principali giustificazioni filosofiche della libertà di manifestazione del pensiero sarebbero quattro e si fonderebbero, rispettivamente, sulla democrazia, sul contratto sociale, sul perseguimento della verità e sull'autonomia individuale.

Per quanto riguarda la giustificazione fondata sulla democrazia, la libertà d'espressione sarebbe un ingrediente indispensabile del processo di autogoverno democratico, senza il quale i cittadini non potrebbero far funzionare con successo il sistema. In questa prospettiva, le sole espressioni da tutelare sarebbero quelle politiche e, in particolare, quelle finalizzate a proteggere la democrazia, con conseguente esclusione non solo delle espressioni slegate dal processo decisionale politico, ma anche di quei discorsi politici aventi natura antidemocratica ed estremista, poiché diretti a distruggere la democrazia anziché a proteggerla.

⁶¹ A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., p. 705. In termini analoghi si esprimono L. ALEXANDER, *Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense*, in *Constitutional Commentary* 1996, p. 73 e G.R. STONE, *Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, in *The University of Chicago Law Review* 1978, p. 81, che nelle loro opere ripercorrono la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America sul Primo Emendamento.

⁶² V., per tutti, M. ROSENFELD, *La filosofia della libertà d'espressione in America*, in *Ragion pratica* 1999, f. 12, p. 21 e ss. Per un'ampia discussione delle teorie filosofiche della libertà d'espressione v. anche F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquire*, Cambridge 1982.

Secondo la giustificazione fondata sul contratto sociale, invece, sarebbero meritevoli di tutela tutte quelle idee che risultino funzionali alla formazione, da parte dei contraenti sociali, di una decisione informata e accolta come vincolante. In questi termini, si dovrebbero tutelare anche gli orientamenti di pensiero sovversivi ed estremisti. Essi, infatti, sebbene incompatibili con i principi democratici, potrebbero tornare utili al contraente sociale che si trovasse nella situazione di decidere se sottoscrivere o meno il contratto sociale o una sua particolare clausola.

Vi è poi la giustificazione fondata sul perseguimento della verità, teorizzata da J.S. Mill, secondo il quale «la scoperta della verità è frutto di un graduale processo che, dipendendo da tentativi ed errori, richiede una discussione priva di limitazioni» (63). Questa giustificazione, rinvenibile anche nella giurisprudenza del giudice americano O.W. Holmes (64), si fonda sulla piena convinzione che la verità abbia maggiori possibilità di emergere in un contesto di discussione aperta che non nell'ambito di un regime di censura. Pertanto, sarebbero meritevoli di tutela anche le opinioni false, sovversive e antidemocratiche, nonché le espressioni capaci di offendere la sensibilità altrui, a condizione che – e questa sarebbe l'unica limitazione – esse non conducano ad azioni dannose. Volendo essere precisi, tra i sostenitori di questa teoria sarebbero rinvenibili due diversi atteggiamenti: uno più ottimista, secondo il quale i benefici derivanti da una discussione senza limitazioni sarebbero destinati, nel lungo periodo, a superare la somma dei danni provocati da un'espressione suscettibile di offendere la sensibilità altrui (65); e uno più pessimista, alquanto scettico circa la possibilità di trovare la verità, che difende il libero mercato delle idee per sole ragioni di ordine pratico (66). Seppur con queste differenti sfumature, però, i suddetti orientamenti sono concordi nel riservare un ampio spazio all'area delle forme espressive meritevoli di tutela – ivi comprese le forme di espressione artistica e, in generale, tutte quelle che possono contribuire alla scoperta della verità – e condividono la scelta di

63 J.S. MILL, *On liberty*, cit.

64 O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, cit.

65 J.S. MILL, *On liberty*, cit.

66 O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, cit.

reprimere unicamente quelle idee che, anziché animare il dibattito, tendono a suscitare immediata violenza (67).

Infine, la giustificazione fondata sull'autonomia si basa sulla convinzione che la dignità individuale sia da tutelare in tutte le sue manifestazioni. Si tratta di una interpretazione che, a differenza delle precedenti, fornisce una giustificazione di tipo individuale, poiché il benessere raggiungibile attraverso l'autoespressione va sempre a favore del singolo, senza che da ciò derivi necessariamente un qualche beneficio per la collettività. Stando a questa teoria, anche le opinioni estremiste e l'*hate speech*, in quanto frutto dell'esigenza di autoespressione, dovrebbero essere meritevoli di tutela, ciò comportando il massimo campo d'azione per la libertà di manifestazione del pensiero e il ripudio più totale dei reati di opinione.

Le funzioni della libertà d'espressione, però, non si esauriscono con quelle sopra menzionate. Alla nozione di libertà di manifestazione del pensiero, infatti, andrebbe attribuita anche una funzione didattico-terapeutica, su cui è opportuno spendere qualche parola. Al riguardo, si è osservato che l'eliminazione (o il contenimento) delle opinioni odiose e sovversive sarebbe più facilmente realizzabile mediante la libera circolazione di quelle stesse opinioni, che non attraverso una prevenzione fondata su divieti assoluti, penalmente sanzionati. Chi riconosce alla libertà d'espressione una «valenza in qualche modo *terapeutica* dei mali oscuri» (68), ritiene che «la forza trascinatrice delle idee costituisca la miglior medicina contro le

⁶⁷ Anche M. ROSENFELD, *La filosofia della libertà d'espressione*, cit., p. 28 riconosce come sia J.S. Mill sia O.W. Holmes, pur per ragioni diverse, in conclusione giungano entrambi a tollerare l'*hate speech*. In particolare, l'Autore sottolinea come «per un ottimista *a là* Mill, la tutela dell'*hate speech* costituisce una parte essenziale dell'indispensabile discussione che condurrà necessariamente alla verità. (...) D'altro canto, per un pessimista *a là* Holmes, la tolleranza dell'*hate speech*, se probabilmente non condurrà alla verità, è comunque giustificata sul piano pratico, dal momento che una più viva discussione può risultare meno dannosa rispetto a un atteggiamento eccessivamente repressivo, dettato dall'incapacità di distinguere tra il probabilmente vero e il probabilmente falso».

⁶⁸ P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multiculturale*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova 2003, p. 123.

tendenze disgregatrici ed antisociali» (69), quasi fosse un antidoto ai danni provocati dalla stessa libertà d'espressione (70).

L'idea di una manifestazione del pensiero capace di curare se stessa laddove degeneri si ritrova anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare nel caso *Jersild c. Danimarca* (71), ove è stato applicato il criterio della legittimità della diffusione di idee e opinioni che, per quanto offensive e inquietanti per la popolazione o per parte di essa, toccano temi di interesse generale, meritevoli di essere oggetto di un pubblico confronto. Per sconfiggere il germe dell'odio razziale, etnico e religioso, quindi, sarebbe preferibile percorrere la c.d. "via lunga": quella delle politiche sociali ed educative, volte a promuovere il dibattito pubblico, l'uguaglianza tra diversi e la reciproca conoscenza tra gli individui. In questo modo, si consentirebbe alla parola "cattiva" di essere efficacemente ribattuta dalla parola "buona", limitando l'intervento dello strumento repressivo penale (la c.d. "via breve") al minimo indispensabile (72).

⁶⁹ G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Riv. it. dir. pen.* 1966, p. 1174.

⁷⁰ In questo senso si è espresso anche G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione*, cit.

⁷¹ Per un ampio commento sul caso *Jersild c. Danimarca*, si rimanda a I. INGRAO, *Informazione e diffusione di idee razziste: il caso Jersild contro Danimarca*, in *Riv. int. dir. dell'uomo* 1994, p. 578.

⁷² In questo senso, P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero*, cit., p. 130; E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 1999, p. 1034; ID., *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, cit., p. 27, la quale, di fronte al fenomeno del negazionismo (v. *infra* cap. V), ritiene «davvero problematico produrre leggi penali (...). Si tratta di una falsa soluzione, che rischia di andare nella direzione di quel male che si vuole in realtà combattere. È necessario invece contrastare tali affermazioni su un piano più propriamente politico e di consapevolezza civile, con mezzi intellettuali profondi e complessi. Si tratta dunque di attivare, più in generale, una *via lunga*, e non una *via breve*, come quella rappresentata dal diritto penale». Esprime dubbi sull'utilità del ricorso allo strumento penale anche F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 216, secondo il quale «o un popolo ha in sé la forza per vivere democraticamente, e allora il ricorso alla legge penale è, almeno entro certi limiti, inutile e controproducente. Oppure non crede sufficientemente nella superiorità delle democrazie, e allora il ricorso alla sanzione penale non può certo servire a difenderlo contro se stesso da involuzioni antidemocratiche».

2.1.1. Democrazie tolleranti e democrazie militanti.

La libertà di manifestazione del pensiero può essere studiata alla luce di due concezioni contrapposte.

Secondo la teoria individualista, il diritto di esprimere il proprio pensiero «è garantito al singolo come tale, indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possono derivarne allo Stato» (73). Di conseguenza, non sarebbe ammissibile alcuna limitazione a tale diritto, neppure a tutela della democrazia, posto che quest'ultima, «per essere realmente tale, deve fondarsi su di una sfida permanente alle forze che la negano» (74). In altre parole, il concetto di democrazia implicherebbe anche la libertà di esprimere messaggi eversivi, volti a destabilizzare il sistema. Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, infatti, sarebbe proprio la repressione di tali espressioni a mettere in crisi le istituzioni, poiché se è vero che la manifestazione antagonista è quella più pericolosa, è altrettanto vero che essa è più bisognevole di tutela, in quanto più inserita nella lotta politica democratica e più idonea a raggiungere i suoi scopi leciti di comunicazione e persuasione (75). Quel che emerge, quindi, è una forte avversione per ogni forma di protezione della democrazia (76): nessuna opinione è temuta e va tollerata anche l'intollerante, poiché se si vuole la libertà, se ne devono accettare tutti i rischi. Diversamente, il pensiero non sarebbe in grado di raggiungere il suo massimo grado di sviluppo e di fecondità (77) e la democrazia non potrebbe dirsi tale.

⁷³ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, p. 9. Condividono la stessa prospettiva A. AMBROSI, *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste e xenofobe*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 35; ID., *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni costituzionali* 2008, p. 519; C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova 1972; D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero*, cit., p. 198 e ss., nonché tutta la dottrina nordamericana sul Primo Emendamento.

⁷⁴ A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, cit., p. 1194.

⁷⁵ D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero*, cit., p. 200.

⁷⁶ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 162 e ss.

⁷⁷ Secondo M. CERUTI, voce *Pensiero (libertà di)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino 1965, p. 865, «il pensiero, attività intima ed incoercibile dello spirito, estrinsecamento della sua naturale capacità di elaborazione e di perfezionamento, raggiunge il massimo grado di sviluppo e di fecondità quando è libero da coazioni esterne».

A tale prospettiva individualista si contrappone una concezione c.d. funzionale, per cui la libertà di espressione non è illimitata, ma presuppone necessariamente un ragionevole contemperamento tra la libertà stessa e le misure volte a contenerla ⁽⁷⁸⁾. Di conseguenza, ogni espressione deviante è mal tollerata, perché potenzialmente idonea a compromettere la stabilità del sistema. Consapevoli del fatto che l'illimitato valore della libertà anche a beneficio dei suoi nemici potrebbe portare alla sua scomparsa, i sostenitori della concezione funzionalista accordano la garanzia di cui all'art. 21 Cost. solo alle opinioni che sono in armonia con i principi accolti dall'ordinamento e bandiscono le idee pericolose, sovversive ed estreme.

La concezione individualista arretra di fronte al c.d. «paradosso della tolleranza» ⁽⁷⁹⁾, che sorge come conseguenza della tolleranza dell'intollerante. Si è visto come, in una società tollerante, l'intollerante possa godere dell'ampia protezione accordata alla libertà d'espressione per diffondere messaggi d'odio e opinioni sovversive. Paradossalmente, però, laddove tali messaggi riuscissero a convincere un vasto uditorio, l'intollerante potrebbe guadagnarsi una posizione di supremazia, che gli consentirebbe anche di sopprimere la tolleranza. Da qui i legittimi interrogativi di Popper: bisogna davvero essere tolleranti con tutti? La democrazia deve restare fedele ai suoi principi anche a costo di perire? Oppure, per proteggersi, deve essere tollerante solo con i soggetti tolleranti? ⁽⁸⁰⁾ L'Autore – senza nascondere un atteggiamento di sfiducia nei

⁷⁸ Sostengono la concezione funzionale V. ANGIOLINI, *Manifestazione del pensiero e «libertà altrui»*, in *Giur. cost.* 1995, p. 4585; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1991; A. PIZZORUSSO, *Tutela della libertà di manifestazione del pensiero e punizione dei reati commessi per esprimere un'opinione*, in *Foro it.* 1968, IV, p. 145; ID., *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova 2003, p. 663; ID., *Libertà di pensiero. Opportunità e rischi*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma – Bari 2004, p. 63; M. TARANTINO, *I c.d. «reati di opinione» ed il diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero*, in *Giust. pen.* 1970, p. 443.

⁷⁹ K. POPPER, *The open society and its enemies*, Londra 1966; ID., *Congetture e confutazioni*, Bologna 1972, p. 162.

⁸⁰ Analoghi interrogativi sono stati posti anche da P.J. FAYE, *Tolleranza/Intolleranza*, in *Enc. Einaudi*, vol. XIV, Torino 1981, p. 312, il quale in particolare si è chiesto: «se Hitler in persona tornasse a pubblicare il *Mein Kampf* (*La mia battaglia*), bisognerebbe tollerarlo?».

confronti della capacità critica dei consociati di distinguere le opinioni “buone” da quelle “cattive” ⁽⁸¹⁾ – è del parere che una società tollerante che voglia garantire la propria sopravvivenza debba necessariamente essere intollerante con chi esprime opinioni intolleranti ⁽⁸²⁾. Sennonché, a questo punto si fa strada un altro interrogativo: dove e come fermarsi una volta imboccato il pendio della limitazione delle libertà? L’argomento del “pendio sdrucchiolevo” (*slippery slope*), teorizzato dagli studiosi americani del Primo Emendamento, mette in luce tutte le difficoltà insite nel determinare l’esatto grado di libertà che si può lasciare ai cittadini senza mettere in pericolo la libertà stessa. E le soluzioni fornite a questo problema non paiono dotate di sufficiente forza persuasiva ⁽⁸³⁾, giacché si limitano a riporre una incondizionata fiducia nella capacità del legislatore democratico di determinare il suddetto grado di libertà ⁽⁸⁴⁾.

Ma quella del “pendio scivoloso” non è la sola critica imputabile alla concezione funzionale, poiché anch’essa, come la concezione individualista, giunge a conseguenze a dir poco paradossali. In particolare, si è detto che il sacrificio del diritto di libera manifestazione del pensiero è ampiamente giustificato dalla necessità di garantire i diritti fondamentali della persona umana ⁽⁸⁵⁾, cui la nostra Costituzione riserva una posizione di assoluta centralità. Tuttavia, tra questi diritti fondamentali vi è anche il diritto dei parlanti ad esprimersi liberamente che, in virtù del principio di

⁸¹ A questo atteggiamento pessimista si contrappone l’ottimismo di matrice liberale che consente l’espressione di qualsiasi pensiero, fortemente criticato da J. BENDA, *Le democrazie alla prova*, Roma 1945, p. 109 e s., che parla di «liberalismo estatico» e di «falso liberalismo».

⁸² Il pensiero di K. Popper è condiviso anche da M. MANFREDI, voce *Tolleranza*, in *Enc. Einaudi*, vol. XV, Torino 1982, p. 687, nonché da N. BOBBIO, *Le ragioni della tolleranza*, in C. BONI (a cura di), *L’intolleranza: uguali e diversi della storia*, Bologna 1986, p. 243 e ss., secondo il quale «la tolleranza deve essere estesa a tutti tranne a coloro che negano il principio di tolleranza o, più brevemente, tutti debbono essere tollerati tranne gli intolleranti».

⁸³ *Contra*, invece, A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 81, secondo cui la risposta suggerita da K. Popper sarebbe dotata di sufficiente forza persuasiva.

⁸⁴ In questo senso, K. POPPER, *The open society and its enemies*, cit., p. 160, secondo cui «è certamente difficile determinare esattamente il grado di libertà che si può lasciare ai cittadini (...). Ma che una approssimativa determinazione di tale grado sia possibile è dimostrato dall’esperienza, cioè dall’esistenza di Stati democratici. In realtà, questo processo di approssimativa determinazione è uno dei compiti fondamentali della legislazione nelle democrazie».

⁸⁵ Così si è espressa anche Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 2011, in *Foro it.* 2001, II, p. 457.

uguaglianza, deve essere garantito a tutti indistintamente, indipendentemente da quali siano le opinioni espresse ⁽⁸⁶⁾. Secondo certa dottrina, addirittura, «parlare [sarebbe] più fondamentale che altre naturali inclinazioni, poiché (...) noi raggiungiamo la nostra piena dignità (...) quando esercitiamo le nostre capacità espressive» ⁽⁸⁷⁾. La compressione della libertà di espressione, quindi, non solo non garantisce i diritti dell'uomo, ma li nega alla radice. Privato della possibilità di esprimersi, l'individuo non potrà realizzare la propria personalità e sarà discriminato per il solo fatto di avere opinioni che non corrispondono a quelle della maggioranza.

Le due concezioni qui esposte rispecchiano altrettante tipologie di ordinamenti. In particolare, la concezione individualista è propria delle «democrazie tolleranti», convinte che la libertà sia la miglior arma contro i nemici della libertà. Si tratta di democrazie salde, ottimiste, che hanno piena fiducia nelle proprie potenzialità e non temono sovvertimenti del sistema, in quanto non li hanno mai vissuti direttamente. Il pensiero corre agli Stati Uniti d'America, Paese che produce fisiologicamente una cultura del dissenso e la considera un positivo arricchimento della propria dialettica ideologica e sociale. Qui è stata teorizzata la dottrina del *marketplace of ideas* (mercato delle idee), che si fonda sulla convinzione che la verità abbia più possibilità di emergere in un contesto di discussione aperta che non nell'ambito di un regime di censura.

⁸⁶ In questo senso, v. A. AMBROSI, *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste e xenofobe*, cit., p. 527. Per la sottolineatura che la libertà di pensiero deve essere riconosciuta a tutti indistintamente, e in particolare a chi si fa portatore di opinioni minoritarie, v. Corte suprema canadese, *R. vs Zündel* [1992] 2 S.C.R. 731, consultabile all'indirizzo www.hrcr.org/safrica/expression/r_zundel.html. Condivide in parte questa prospettiva anche C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà d'espressione* (lezione svolta il 17 gennaio 2009 nell'ambito del Dottorato di ricerca in diritto penale dell'Università di Messina), reperibile in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/17636.pdf>, p. 204, quando afferma che «la dignità dell'uomo si presta anche a fornire un ombrello giustificativo allo stesso diritto dei parlanti ad esprimersi liberamente: negare tale diritto in alcuni casi significherebbe (...) attentare all'autonomia dell'individuo, alla sua libertà di autorealizzazione personale».

⁸⁷ J.R. SEARLE, *Social Ontology and Free Speech*, in *Hedgehog R.* 2004, n. 6/3, p. 62.

Alle democrazie tolleranti si contrappongono le c.d. “democrazie protette”⁽⁸⁸⁾, le cui vicende storiche – in alcuni casi, veri e propri drammi dell’umanità – hanno minato le stesse fondamenta del sistema democratico. Come reazione a tali avvenimenti, questi Paesi sono ricorsi ad una legislazione “a difesa” dell’ordinamento, caratterizzata da norme puntuali e sistematiche, finalizzate a far sì che i nemici della democrazia non potessero più sviluppare un’azione politica capace di sovvertire il sistema e i principi ad esso sottesi⁽⁸⁹⁾. È il caso della Germania o dell’Austria, cui ben si addice la definizione di «democrazia ferita che cerca colpevoli e rimuove responsabilità»⁽⁹⁰⁾. In questi Stati, la libertà di manifestazione del pensiero è un diritto che deve continuamente essere parametrato con altri valori, talora inafferrabili e difficilmente circoscrivibili, quali l’ordine pubblico o la dignità umana dei singoli o delle minoranze. In simili contesti, il timore di un ritorno al passato e il peso di certe eredità inducono a reprimere ogni opinione che risulti potenzialmente pericolosa per l’ordine costituito, con il rischio di trasformare la “democrazia protetta” in una democrazia iperprotetta o sedata, ossia in un non-democrazia⁽⁹¹⁾. Quanto alla sanzione penale, essa tende ad assumere profili storico-morali e meta-giuridici che trascendono l’ordinamento positivo, quasi si trattasse di una «punizione esemplare»⁽⁹²⁾ con forte valenza simbolica. Con queste premesse, basta poco per “scivolare” nel «diritto penale totalitario (...), ove l’individuo è (...) ontologicamente subordinato allo Stato in ogni suo momento, a cominciare da quello del

⁸⁸ Il concetto di “democrazia protetta” è stato elaborato dalla giurisprudenza tedesca e si fonda sulla necessaria sintesi che deve ricercarsi nel rapporto tra tutela delle libertà e limitazione delle stesse.

⁸⁹ In questo senso, v. diffusamente L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova 2009. In termini analoghi si esprime A. PIZZORUSSO, *Tutela della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 71, secondo il quale «è stata la preoccupazione di veder riprodursi eventi del passato quella che (...) ha talora indotto i legislatori a dettare formule che prevedono limiti alla libertà di manifestazione del pensiero».

⁹⁰ M. MALENA, *Il caso Irving: libertà di pensiero o mistificazione della realtà?*, in *Quad. cost.* 2006, p. 118.

⁹¹ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 103.

⁹² M. MALENA, *Il caso Irving*, cit., p. 118.

pensiero che viene colto dallo Stato e valutato sin dalla radice e in ogni movente, in ogni sfumatura, in ogni prossima o ultima ragione» (93).

Tornando ai reati di opinione, da quanto detto sinora è facile intuire come essi siano del tutto «coessenziali ad un ordinamento di tipo totalitario» (94), in quanto strumentali alla repressione del dissenso ideologico. Non sono, invece, del tutto estranei ad un ordinamento di tipo semi-aperto, quale può essere una democrazia protetta, che riconosce la libertà di espressione a favore di tutti, eccezion fatta per certe opinioni. Nelle democrazie tolleranti, invece, dei reati di opinione si perde ogni traccia. In quanto ordinamenti aperti e liberi, infatti, essi implicano per loro natura il più ampio riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero a favore di tutti e senza eccezioni. Giacché si fondano sul «presupposto neutralistico che ogni verità può essere errore e viceversa» (95), le democrazie tolleranti non ammettono alcun limite alla libertà di espressione.

2.1.2. I limiti alla libertà di manifestazione del pensiero.

Alcuni Autori, muovendo dalla premessa che «il pensiero raggiunge il massimo grado di sviluppo e di fecondità quando è libero da coazioni esterne» (96), ritengono che la libertà d'espressione sia «una libertà sostanzialmente aperta, [che] come tale non tollera limiti concretizzabili in reati ideologici di opinioni» (97). L'unico limite alla manifestazione del pensiero, espressamente indicato dall'art. 21 Cost., sarebbe quello del «*buon costume*», di cui, peraltro, si evidenzia la difficile azionabilità sul

⁹³ G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici*, cit., p. 644.

⁹⁴ F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 208.

⁹⁵ F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 208. L'Autore opera un'interessante tripartizione tra ordinamenti aperti, ordinamenti semi-aperti (o parzialmente orientati ideologicamente) e ordinamenti totalitari, caratterizzati da una libertà chiusa (o non libertà). Questa distinzione ricalca in parte quella sopra tracciata tra democrazie tolleranti, democrazie protette e democrazie iperprotette (o sedate), che possono facilmente sconfinare in totalitarismi.

⁹⁶ M. CERUTI, voce *Pensiero (libertà di)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino 1965, p. 865.

⁹⁷ F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 210.

piano pratico, data la genericità del concetto impiegato ⁽⁹⁸⁾ e le plurime interpretazioni esistenti. Secondo l'accezione più ampia, il termine in questione farebbe riferimento al complesso delle abitudini di vita conformi alle regole di civile convivenza e di educazione sociale. Sennonché, la sua natura di limite ad una libertà costituzionale impone un'interpretazione più restrittiva ⁽⁹⁹⁾, ravvisabile nella «protezione sia del pudore sessuale che della decenza» ⁽¹⁰⁰⁾. Questa seconda lettura, che ha un valore storicamente contingente – soggetto, cioè, alle oscillazioni dovute al mutamento del comune sentimento della collettività ⁽¹⁰¹⁾ –, è condivisa anche dalla Corte costituzionale, che definisce il buon costume come «l'insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, l'inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale (...), della dignità personale che con esso si congiunge e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, al male costume (...), il prevalere cioè di regole e di comportamenti contrari ed opposti» ⁽¹⁰²⁾. Esiste poi una terza lettura del concetto di buon costume, ancora più restrittiva e perfettamente sovrapponibile alla locuzione adottata dal legislatore del 1930 nel titolo IX, libro II, del codice penale («Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume»), che attiene esclusivamente alla costumatezza nel campo sessuale. Tuttavia, la dottrina maggioritaria ⁽¹⁰³⁾ ritiene che quest'ultima interpretazione sia di significato troppo ristretto rispetto al concetto delineato all'art. 21, comma 6, Cost. La previsione costituzionale, infatti, vietando le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e ogni altra manifestazione contraria al buon costume, «non può restare indifferente di

⁹⁸ In questo senso, A. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 68.

⁹⁹ F. ROMANO, *Limiti normativi alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giur. merito* 1996, p. 616.

¹⁰⁰ M. CERUTI, voce *Pensiero (libertà di)*, cit., p. 459.

¹⁰¹ Su questo punto, v. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova 1984, che sottolinea come il comune sentimento sia suscettibile di mutamenti non solo nel corso del tempo, ma anche da una località all'altra e da una persona all'altra.

¹⁰² C. Cost., 19 febbraio 1965, n. 9, in *Giur. cost.* 1965, p. 61.

¹⁰³ G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 13; F. ROMANO, *Limiti normativi alla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 616; P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano 1979, p. 635.

fronte a manifestazioni che, sebbene estranee alla sfera della riservatezza sessuale, turbano gravemente la sensibilità media»⁽¹⁰⁴⁾. Andrebbe quindi preferita la nozione intermedia di buon costume, volta a tutelare non solo il pudore sessuale, ma anche la pubblica decenza e il comune sentimento morale.

Alla prospettiva sopra illustrata, che ravvisa nel buon costume l'unico limite alla libertà d'espressione, si contrappone una seconda linea di pensiero, che ipotizza l'esistenza di ulteriori limiti impliciti. Questi, a loro volta, sarebbero distinguibili in limiti logici (o interni), connaturati all'oggetto della libertà considerata, e in limiti esterni o di diritto positivo, desumibili da disposizioni costituzionali e posti a tutela di interessi almeno equivalenti alla libertà di manifestazione del pensiero. Ma, a ben vedere, solo questi ultimi sarebbero limiti veri e propri, posto che i primi si esaurirebbero in mere «determinazioni di quando ci troviamo di fronte ad una manifestazione del pensiero, e quando no»⁽¹⁰⁵⁾ che, per la loro estrema fluidità e indeterminatezza, «rischierebbero di svuotare il contenuto della libertà di pensiero fino a privare della garanzia costituzionale anche semplici opinioni politiche o di critica»⁽¹⁰⁶⁾. Scartati, quindi, i limiti logici e la concezione riduttiva di manifestazione del pensiero che ne sta alla base, ci si è spinti nella ricerca dei c.d. limiti esterni al diritto in esame, che sarebbero riconducibili sostanzialmente alla dignità umana e all'ordine pubblico.

Il limite della dignità umana, richiamato soprattutto per sostenere la legittimità costituzionale del reato di istigazione all'odio razziale, etnico e

¹⁰⁴ F. ROMANO, *Limiti normativi alla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 616. *Contra*, invece, F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 210, il quale ritiene che andrebbe «respinto il limite espresso del “buon costume” quando non lo si intenda nel suo significato minimo di costume sessuale, ma in quello intermedio di sentimento etico, comprensivo di altri valori morali diversi da quelli sessuali, o addirittura nel significato massimo di costume civico».

¹⁰⁵ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano 1974, p. 431

¹⁰⁶ F. ROMANO, *Limiti normativi alla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 617. È dello stesso avviso E. FROMM, *Fuga dalla libertà*, Milano 1970, p. 240, per il quale l'opinione che propugna l'esistenza dei c.d. limiti logici muove da una concezione riduttiva della manifestazione del pensiero, secondo cui «essa sarebbe quella e soltanto quella che tende a sollecitare un'attività di mero pensiero nei destinatari, restando così esclusa dal concetto – e dalla garanzia – ogni manifestazione di pensiero che costituisca, insieme, un incitamento all'azione o l'eccitamento a un puro stato emozionale».

religioso (v. *infra* cap. IV), trova la sua collocazione positiva negli artt. 2 e 3 Cost. e si sostanzia nel «diritto fondamentale a non subire discriminazione alcuna fondata sulla razza o su analoghe ragioni di identità»⁽¹⁰⁷⁾. Partendo dalla premessa che «le manifestazioni razziste (...) rappresentano la più totale negazione della personalità dell'uomo come valore in sé»⁽¹⁰⁸⁾, e ricostruiti in chiave personalistica i beni tutelati dalle fattispecie incriminatrici, il sacrificio imposto per questa via al diritto protetto dall'art. 21 Cost. costituirebbe «una forma ragionevole di bilanciamento»⁽¹⁰⁹⁾, ispirato alla necessità di salvaguardare interessi che esprimono i valori più profondi di un paese civile. Tuttavia, la prospettiva di ancorare la tutela penale al concetto di dignità umana è stata aspramente criticata da coloro che ravvisano in tale accezione «un non meglio precisato intrinseco valore dell'essere umano, che esprime per lo più un significato istituzionale (o procedurale), nel senso che si limita a fornire ai giudici il linguaggio con il quale essi trattano argomenti come il peso dei diritti, la localizzazione o contestualizzazione dei diritti, la generazione di nuovi o più estesi diritti»⁽¹¹⁰⁾. In sostanza, la dignità umana è percepita da taluni come una sorta di *passé-partout*, cui si ricorre a fronte dell'incapacità di fornire argomentazioni che vadano al di là di un generico appello a quell'universo di valori che caratterizza le nostre democrazie⁽¹¹¹⁾. Altrettanto efficacemente, è stata segnalata la tendenza della giurisprudenza ad usare l'argomento della dignità umana come «arma che uccide la discussione»; e

¹⁰⁷ Uno dei principali sostenitori di questa tesi è 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. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 134.

¹⁰⁸ G.A. DE FRANCESCO, *Commento al d. l. 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Leg. pen.* 1994, p. 179.

¹⁰⁹ C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista*, cit., p. 202.

¹¹⁰ C. MACCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European Journal of International Law* 2008, n. 4, p. 724.

¹¹¹ In termini analoghi si esprimono C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista*, cit., p. 202, che attribuisce alla dignità umana il ruolo di «"asso pigliatutto", in ragione della posizione di "punto archimedeo" che si ritiene rivesta nell'architettura dei valori costituzionali»; A. RUGGERI – A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992, che ravvisano nella dignità umana un «valore supercostituzionale».

ciò perché il principio in questione «ha già parlato e sistemato tutto» (112). Inoltre, come già si è osservato (v. *supra* par. 2.1.1.), la dignità umana può dirsi pienamente rispettata solo se all'individuo è garantita la possibilità di esprimersi liberamente; da qui il paradosso per cui, limitando l'una, si finisce inevitabilmente per comprimere anche l'altra (113).

Se l'accezione di dignità personale si presta a qualche critica, il concetto di ordine pubblico come limite alla libertà d'espressione è ancora più controverso. Innanzitutto, le perplessità maggiori sono suscitate dal fatto che tale limite non è in alcun modo rintracciabile nel testo della Costituzione (114), e ciò contrasta con il principio per cui «limitazioni sostanziali ai diritti di libertà devono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali» (115). Peraltro, anche volendo recuperare detto limite attraverso altri valori di rango costituzionale, l'accezione di ordine pubblico appare sfuggente nella sua indeterminatezza e si presta ad almeno due diverse interpretazioni.

Secondo una prima lettura, l'ordine pubblico sarebbe da intendere in senso *ideale* o *normativo*, come limite generale all'esercizio dei diritti di libertà, suscettibile di essere messo in pericolo da una *qualsiasi* manifestazione del pensiero ritenuta incompatibile con un predeterminato complesso di principi e valori cui ci si deve conformare (116). Così inteso, l'ordine

¹¹² W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi* 2007, p. 62.

¹¹³ A. AMBROSI, *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste e xenofobe*, cit., p. 527; J.R. SEARLE, *Social Ontology and Free Speech*, cit., p. 62.

¹¹⁴ Perplessità in tal senso sono manifestate da F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 210, secondo il quale «i limiti non debbono essere concettualmente indeterminati e onnicomprensivi (...). Ma deve trattarsi di limiti specifici, reperibili nella Costituzione». Un'analoga considerazione è svolta da F. ROMANO, *Limiti normativi alla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 616, che osserva come l'ordine pubblico «non trov[i] collocazione tra i limiti di rilievo costituzionale: la Costituzione al riguardo tace». Ancora più categorico è M. CERUTI, voce *Pensiero (libertà di)*, cit., p. 459, per il quale «il mancato conferimento alla legge da parte dell'art. 21 Cost. della potestà di limitare la libertà di pensiero in nome dell'ordine pubblico equivale a negazione di questa possibilità». *Contra*, invece, M. TARANTINO, *I c.d. «reati di opinione»*, cit., p. 444, per il quale «una volta che i limiti si riconoscono, anche se non espressamente richiamati (...) vano è ricercare se la Costituzione italiana riconosce l'ordine pubblico come un bene meritevole di tutela».

¹¹⁵ C. cost., 19 febbraio 1965, sent. n. 9, cit. È dello stesso avviso C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit.

¹¹⁶ E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano 1961; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di P. NUVOLONE – G. PISAPIA, vol. VI, Torino 1986, p. 157;

pubblico si risolve inevitabilmente nel divieto di esprimere qualsivoglia critica sul regime costituito e finisce per compromettere *in toto* la garanzia costituzionale della libera manifestazione del pensiero ⁽¹¹⁷⁾; con ciò denotando «un atteggiamento pessimista di sfiducia nei confronti della capacità critica dei consociati di discernere la verità dalla menzogna, le idee “buone” dalle “cattive”» ⁽¹¹⁸⁾. Inoltre, è stato correttamente osservato che una siffatta interpretazione del concetto di ordine pubblico, avallata dalla Cassazione fino alla metà degli anni Ottanta ⁽¹¹⁹⁾, comporterebbe l'assurdo di riconoscere «eguale rilevanza penale all'istigazione a disobbedire a leggi di portata enormemente diversa sul piano della tutela dell'ordine pubblico» ⁽¹²⁰⁾, giacché sarebbero leggi di ordine pubblico anche le norme civilistiche e tributarie, nonché ogni altra disposizione che imponga generici doveri.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza più recenti ⁽¹²¹⁾, invece, l'ordine pubblico andrebbe inteso in senso *materiale* od *empirico*, come una condizione negativa risultante dall'assenza di condotte tali da turbare la pace, la tranquillità e la sicurezza pubblica. In quest'ottica, non possono

C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1991; G. ROSSO, voce *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino 1965, p. 157.

¹¹⁷ In questo senso, C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 111 e ss.; F. ROMANO, *Limiti normativi alla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 622.

¹¹⁸ G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 105.

¹¹⁹ Cass. pen., sez. I, 7 novembre 1967, Di Pasquale e altri, in *Cass. pen.* 1968, p. 1250, per cui il concetto di ordine pubblico è comprensivo dei «principi fondamentali e di interesse generale su cui poggia l'ordinamento giuridico dello Stato, inteso come diritto cogente, ossia da osservarsi inderogabilmente da tutti poiché consta di norme imperative e proibitive sanzionatorie». Nello stesso senso, Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 1980, Papini, *ivi* 1982, p. 952; Cass. pen., sez. III, 8 maggio 1985, Angelini, *ivi* 1987, p. 553; Cass. pen., sez. I, 9 ottobre 1986, Cerfoggia ed altri, in *Rass. trib.* 1988, p. 60.

¹²⁰ V. ZAGREBELSKY, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, parte speciale, vol. I, diretto da F. BRICOLA – V. ZAGREBELSKY, Torino 1984, p. 453. Condivide questa impostazione anche L. BISSI, *Istigazione a disobbedire alle leggi ed ordine pubblico materiale*, in *Cass. pen.* 1993, p. 825; ID., *Sull'“ordine pubblico” di cui al delitto di istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Giust. pen.* 1995, p. 605, secondo il quale l'interpretazione restrittiva del concetto di ordine pubblico «non può non essere condivisa. Non sembra, infatti, che si possano intendere, ai fini penalistici, come leggi di ordine pubblico (...) le norme di ordine pubblico inteso in senso civilistico, e ogni altra norma che (...) impone doveri giuridicamente – e non solo penalmente – sanzionati e inderogabili».

¹²¹ P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano 1974; ID., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1975; L. BISSI, *Istigazione a disobbedire alle leggi ed ordine pubblico materiale*, cit., p. 825; C. FIORE, voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano 1980, p. 1084; E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit.

dirsi leggi di ordine pubblico le norme di natura privatistica (es. le norme che regolano i rapporti di somministrazione di acqua o energia elettrica, o le leggi tributarie), poiché la loro violazione non comporta la messa in pericolo della tranquillità e della sicurezza collettiva ⁽¹²²⁾. Questo stesso orientamento, peraltro, sembra essere condiviso anche dalla Corte costituzionale che, in riferimento alla pubblica istigazione all'odio tra le classi sociali, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la norma «nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio fra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la *pubblica tranquillità*» ⁽¹²³⁾; con tale affermazione, il giudice delle leggi ha fatto esclusivo riferimento all'ordine pubblico in senso materiale, escludendo di conseguenza la punibilità di una condotta istigativa solo potenzialmente dannosa dell'ordine pubblico ideale. L'ordine pubblico materiale, infatti, è suscettibile di una tutela che, pur potendosi tradurre in una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, non intaccherà mai la libertà d'espressione in sé e per sé, trattandosi di un limite che trae origine dalla «esclusiva considerazione di *determinate* situazioni e condizioni di fatto, a cui si connette un immediato pericolo per la sicurezza e la tranquillità pubblica: vale a dire circostanze di tempo e di luogo, modalità concrete e tecniche, mezzi e modi, della manifestazione del pensiero» ⁽¹²⁴⁾. L'accezione materiale di ordine pubblico trova poi ulteriore conferma in un'attenta esegesi delle norme costituzionali, che consente di enucleare concetti come quelli di «incolumità pubblica» (in tema di inviolabilità del domicilio e di libertà di riunione *ex artt. 14 e 17 Cost.*) e di «sicurezza» (in materia di libertà di circolazione *ex art. 16 Cost.*). Ne deriva che «l'ordine pubblico viene tutelato nell'accezione minimale di sicurezza e incolumità, (...) come condizione pacifica di una convivenza immune da violenza; non come ordine pubblico ideale, cioè complesso di principi inderogabili, sottratti al dibattito e alla

¹²² V., per tutte, Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 1991, Trentin e altri, in *Cass. pen.* 1993, p. 823, per cui non costituisce il reato di cui all'art. 415 c.p. l'incitamento all'autoriduzione delle fatture per il consumo dell'energia elettrica e dell'acqua. In senso conforme, Cass. pen., sez. I, 16 ottobre 1989, Leghissa ed altri, *ivi* 1990, p. 611, per cui un'interpretazione di ordine pubblico in senso ideale «contrasterebbe con il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero».

¹²³ C. cost., sent. n. 108 del 5 aprile 1974, consultabile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

¹²⁴ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 111 e ss.

possibilità di modifica» (125). E proprio perché previsto *solo* in relazione alla libertà di domicilio, di riunione e di circolazione, l'ordine pubblico *sub specie* di sicurezza e incolumità «non incide sulla libertà di manifestazione di pensiero, sulla libertà religiosa, sulla libertà di insegnamento, sulla libertà personale, sulla libertà di corrispondenza» (126), che invece vengono arbitrariamente compresse da quell'insieme di principi, valori e fedi riconducibili ad un'accezione ideale di ordine pubblico.

2.2. Lo scarso spessore offensivo delle condotte incriminate.

La ragione che, più di ogni altra, connota i reati di opinione in termini di problematicità risiede nella carenza di offensività dei comportamenti incriminati. Contestando il diritto individuale ad esprimere il proprio pensiero, infatti, la legge penale diviene canone inderogabile del giudizio morale e si fa portatrice di un'ideologia, ispirata all'«etica dell'obbedienza (...), che fa dipendere il valore dell'azione interamente dal suo conformarsi al comando dell'autorità» (127). Tant'è che le fattispecie in esame si risolvono per lo più in astratte descrizioni dei comportamenti vietati, in cui manca, però, ogni aggancio con il momento dell'offesa al bene giuridico.

Queste considerazioni, ampiamente condivise dalla dottrina maggioritaria (128), sono state contestate da chi ritiene che istigazione, propaganda e apologia non siano illeciti di mera disobbedienza, ma fatti «*offensivi* di quell'interesse giuridico (rilevante *ex art. 54 Cost.*), in cui (...) prende corpo l'oggetto formale del reato, ossia il c.d. diritto subiettivo dello Stato

¹²⁵ G. CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano 1980, p. 1060. Sul punto v. anche ID., *L'ordine pubblico*, Bologna 1979.

¹²⁶ G. CORSO, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 1061.

¹²⁷ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 70, che richiama quanto teorizzato da H. WELZEL, *Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung*, in *Süddeutsche Juristenseitung* 1947, p. 400 e ss., secondo il quale l'etica dell'obbedienza, valorizzando al massimo grado l'obbedienza «cieca», implica la mutilazione del concetto di autonomia individuale, nonché la sottomissione incondizionata del cittadino. Non a caso, è stato efficacemente constatato che una comunità educata al culto dell'obbedienza costituisce un terreno quanto mai fertile per l'affermarsi di una concezione autoritaria dei rapporti fra lo Stato e il cittadino.

¹²⁸ Tra i tanti Autori che sostengono la scarsa offensività dei reati di opinione, v. soprattutto L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit.; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit.; A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit.

all'ubbidienza delle leggi penali»⁽¹²⁹⁾. Ciò sarebbe confermato dalla circostanza che condotte ritenute dal legislatore, in linea di principio, non meritevoli di autonoma incriminazione (si pensi, ad esempio, all'accordo e all'istigazione di cui all'art. 115 c.p.) «vengono qui assunt[e] a fulcro di fattispecie criminose, così puntualmente aderenti alle regole generali»⁽¹³⁰⁾ da risultare suscettibili di estensione ai sensi degli artt. 56 e 110 c.p.

Senonché, si tratta di argomenti che destano non poche perplessità. Innanzitutto, l'identificazione dell'oggetto del reato nel c.d. diritto dello Stato all'ubbidienza delle leggi penali denota un atteggiamento *naive* alquanto superficiale e sbrigativo. Qualsiasi disposizione, infatti, se disattesa, comporta la lesione del generale interesse statale all'ubbidienza delle norme. Ma prima ancora dovrebbe violare un più specifico bene giuridico, la cui individuazione rispetto ai reati di provocazione è tutt'altro che scontata. Si ha quindi l'impressione che la dottrina sopra citata, nell'incapacità di rintracciare il reale interesse offeso dai reati di opinione, ripieghi sul generale concetto di ubbidienza alle norme, per giungere così all'affrettata conclusione che tali disposizioni sarebbero perfettamente aderenti al principio di offensività. Quanto poi all'eccezionalità delle ipotesi speciali di istigazione rispetto alla più generale previsione *sub* art. 115 c.p., essa non può essere assunta come argomento di partenza per affermare la puntuale aderenza delle prime alle regole generali. Tuttalpiù, la clausola di riserva contenuta nell'art. 115 c.p., che fa salve le ipotesi speciali di istigazione, potrà essere impiegata a sostegno della piena autonomia normativa di queste ultime. Il che non implica, però, la loro automatica rispondenza ai principi cardine del diritto penale, che resta interamente da dimostrare.

Ma la scarsa offensività dei reati di opinione non è data soltanto dalle difficoltà connesse all'individuazione del bene giuridico violato. Difatti, anche volendo individuare tale bene nell'ordine pubblico – come è solita fare la giurisprudenza⁽¹³¹⁾ – l'inosservanza del principio di offensività si

¹²⁹ M. SPASARI, *Fatto e reato nella dommatica del Codice e della Costituzione*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 1991, p. 1112.

¹³⁰ M. SPASARI, *Fatto e reato*, cit., p. 1113.

¹³¹ V., per tutte, Cass. pen., 10 dicembre 1951, in *Cass. pen.* 1952, ove si afferma che l'incriminazione dell'istigazione è rivolta ad evitare la formazione di «pericolosi stati

riscontra ogni volta in cui il legislatore arretra la soglia di tutela del bene ad un momento così remoto rispetto a quello del pericolo per il bene stesso, «che in realtà il giudizio sull'azione risulta totalmente svincolato dall'apprezzamento della possibilità di un evento di lesione» (132). Per garantire una siffatta tutela anticipata a beni meritevoli di particolare protezione, si è soliti ricorrere al modello criminoso del “reato di pericolo” (133), al cui interno è possibile operare una bipartizione (134) tra reati di pericolo concreto che, richiedendo l'accertamento di un *effettivo* stato di pericolo per l'interesse protetto, appaiono conformi al principio di offensività, e reati di pericolo presunto (o astratto), rispetto ai quali, invece, si appalesa la mancanza di un'offesa al bene giuridico tutelato; questi ultimi, infatti, non solo prescindono *in toto* dagli effetti a cui in concreto è pervenuta l'azione criminosa, ma non consentono neppure di accertare la possibilità di attuazione del fatto antiggiuridico. Ed è proprio sul modello del reato di pericolo presunto che il legislatore ha coniato le principali fattispecie di provocazione. Una conferma in tal senso proviene dalla giurisprudenza della Cassazione degli anni Cinquanta e Sessanta, secondo cui, per *presumere* l'evento di pericolo insito nelle condotte di apologia, istigazione o propaganda «è sufficiente che si accerti la pubblicità del fatto»,

d'animo» che, alla lunga, costituirebbero una «pericolosa menomazione delle condizioni per il mantenimento dell'ordine pubblico».

¹³² C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 72.

¹³³ Per C. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1986, p. 689, quella dei reati di pericolo rappresenterebbe proprio la principale categoria attraverso cui si realizza una tutela penale anticipata.

¹³⁴ Alla tradizionale bipartizione, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2010, p. 200 e ss., sostituisce una più esauriente tripartizione tra reati di pericolo concreto, astratto e presunto. Nei reati di pericolo concreto, il pericolo è espressamente previsto dal legislatore come elemento costitutivo della fattispecie e il giudice è tenuto ad accertarne l'effettiva sussistenza caso per caso. Nei reati di pericolo astratto, invece, il pericolo non assurge ad elemento costitutivo del fatto tipico, ma è insito nella condotta, che viene incriminata poiché ritenuta pericolosa dal legislatore. Si tratta di fattispecie che, per loro natura, precludono all'interprete la possibilità di accertare l'esistenza delle condizioni necessarie per il verificarsi dell'evento lesivo. Pertanto, non potendo accertare il pericolo, il giudice si limiterà a controllare che il fatto sia conforme al tipo legale. Infine, la tripartizione si esaurisce con i reati di pericolo presunto, in cui il pericolo non è né elemento costitutivo, né necessariamente insito nella condotta. In questo caso, l'interprete è in grado di verificare la sussistenza o meno del pericolo, ma anche laddove accertasse l'assenza di rischio, il pericolo verrebbe comunque presunto, *iuris et de iure*, senza alcuna possibilità di fornire prova contraria. Così, mentre i reati di pericolo astratto richiedono quantomeno una potenzialità lesiva generica della condotta, i reati di pericolo presunto ammettono addirittura un'assenza totale di rischio.

ossia che di tale evento si abbia la percezione o «almeno la *possibilità* di percezione» da parte del pubblico (135). In particolare, per la configurabilità della fattispecie di propaganda, sarebbe sufficiente «la possibilità che anche poche persone possano correre il pericolo di essere fuorviate nel sentimento nazionale», con la paradossale conseguenza che risponde del reato anche chi si limita a scrivere sul registro delle visite di un rifugio di alta montagna «frasi idonee a distruggere o a deprimere il sentimento nazionale» (136). Da queste affermazioni si evince come l'antigiuridicità del fatto sia tutta concentrata nella mera contrarietà della manifestazione del pensiero al c.d. sentimento nazionale, a nulla rilevando la reale attitudine della condotta a costituire una minaccia per il bene giuridico. In breve, si omette di stabilire se l'azione – che qui si esaurisce nell'esprimere un'opinione – sia capace o meno di arrecare un danno o di mettere in pericolo gli interessi protetti. L'idea della presunzione del pericolo, quindi, si pone in netto contrasto con il principio di offensività ed implica, di fatto, una *interpretatio abrogans* dell'art. 49, comma 2, c.p. Nel contempo, però, essa lascia trasparire la *ratio* storica delle disposizioni in esame, strumentali ad un ordinamento di tipo totalitario, in cui «la funzione essenziale del diritto penale non [era] tanto quella di tutelare determinati beni, quanto di costituire il più sicuro presidio del vincolo di volontà, costituito dal legame dell'obbligo, nell'obbedienza all'autorità» (137).

2.2.1. La trasformazione dei reati di pericolo presunto (o astratto) in reati di pericolo concreto.

Se, nell'ottica dei compilatori del codice Rocco, la previsione dei reati di opinione in chiave di reati di pericolo presunto era del tutto giustificata dall'esigenza di anticipare la punibilità di condotte potenzialmente pericolose per la tenuta del sistema, l'entrata in vigore della Costituzione ha imposto una rivisitazione dei limiti di legittimità delle fattispecie in

¹³⁵ Cass. pen., 6 maggio 1963, in *Cass. pen.* 1964, p. 47. In senso conforme, Cass. pen., 16 marzo 1953, in *Giur. compl. Cass. pen.* 1953, n. 294.

¹³⁶ Cass. pen., 12 novembre 1951, in *Giust. pen.* 1952, II, p. 355.

¹³⁷ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 77 e s.

esame, che si ponevano in contrasto sia con il principio di libera manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.* sia con il principio di offensività, il cui fondamento costituzionale (artt. 13, 25 e 27 Cost.) è oggi pacificamente riconosciuto (138).

Per riportare i reati di opinione nell'alveo del principio di offensività, si è proceduto ad una «trasformazione» (139) degli stessi in reati di pericolo concreto, tentando così di ridurre l'anticipazione della punibilità, che la strutturazione in termini di reati di pericolo presunto aveva relegato ad uno stadio remoto rispetto al possibile verificarsi dell'evento lesivo (140). Questo processo di recupero della pericolosità concreta fa sì che i reati di opinione, pur mantenendo di fatto una struttura formale a pericolo astratto, arricchiscano il loro profilo di offensività attraverso l'inserimento, a livello interpretativo, del pericolo concreto. In particolare, il processo di conversione avviene per mezzo della rielaborazione della struttura oggettiva della condotta. Non si richiede, quindi, un evento pericoloso, ma occorre che le condotte istigative, apologetiche e di propaganda siano in sé pericolose, e quindi idonee a porsi come antecedenti di situazioni specificamente determinate (141). Pertanto, si può dire che sia la

¹³⁸ Sulla costituzionalizzazione del principio di offensività, v. G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale 1977*, p. 173; ID., *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, Milano 1984, p. 441; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.* 1969, p. 8; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 182.

¹³⁹ L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 194.

¹⁴⁰ M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli 2000, p. 124.

¹⁴¹ In questo senso, Cass. pen., sez. I, 17 novembre 1997, in *Giust. pen.* 1998, II, p. 547, per cui, per la punibilità del reato *ex art. 414 c.p.*, si richiede che «la condotta abbia la concreta capacità di provocare l'immediata esecuzione di delitti o, quantomeno, la probabilità che essi vengano commessi in un futuro più o meno prossimo». In termini analoghi, Cass. pen., sez. I, 5 giugno 1999, in *Ced Cass. rv.* 214645, per cui, ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 414, terzo comma, c.p., si ritiene necessario che «il comportamento dell'agente sia tale (...) da determinare il rischio, non teorico, ma effettivo, della consumazione di altri reati»; Cass. pen., sez. I, 5 giugno 2001, in *Riv. pen.* 2001, p. 820, secondo cui l'esaltazione di un fatto di reato o del suo autore non è di per sé punibile, a meno che, per le sue modalità, non integri «un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti». Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Venezia, 24 ottobre 1996, in *Foro it.* 1997, II, p. 275, in cui, pur affermando che il delitto *ex art. 414 c.p.* si sostanzia in un reato di pericolo presunto, il giudice di merito procede ad un'indagine concreta circa l'esistenza del pericolo per l'ordine pubblico; Ass. Milano, 14 novembre 2001, in *Cass. pen.* 2003, n. 3, p. 1006 e s. per cui «è necessario, ai fini della rilevanza penale del fatto, che la forza di suggestione e persuasione, intrinsecamente contenute nell'apologia, siano in grado di stimolare la commissione di fatti criminosi corrispondenti o similari rispetto a quello esaltato»; Trib. Milano, 25 febbraio 2003, in

giurisprudenza di legittimità che quella di merito abbiano cercato di recuperare sul piano oggettivo del fatto tipico un disvalore dell'evento assente nella fattispecie, introducendo nelle figure delittuose in esame il requisito dell'*idoneità* della condotta ⁽¹⁴²⁾. Tale volontà di recupero della pericolosità concreta, fortemente manifestata dalla dottrina e dalle pronunce giurisprudenziali sopra citate, non è stata però altrettanto sentita dalla Corte costituzionale che, pur avendo operato in tal direzione con alcune pronunce ⁽¹⁴³⁾, non sembra aver «posto le basi per un'interpretazione in chiave di concreta offensività di tutti i reati di opinione, capace dunque di portata espansiva al di là delle singole questioni di legittimità costituzionale sollevate» ⁽¹⁴⁴⁾.

2.2.2. Il requisito del pericolo concreto e i suoi (tanti) limiti.

La trasformazione dei delitti di provocazione in reati di pericolo concreto sembra garantire un sufficiente spessore offensivo alle fattispecie in discorso e, ad oggi, è ancora una delle strade più praticate dalla

Riv. pen. 2003, n. 5, p. 427 e s., per cui, per la sussistenza del reato *ex art.* 272 c.p., si richiede che il discorso incriminato sia «idoneo a creare una situazione di pericolo circa la concreta adesione alle tesi propagate, sotto forma di azioni violente immediatamente riconducibili alle tesi medesime».

¹⁴² Così L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 201 e s. che, nel descrivere il processo di trasformazione dei delitti di provocazione in reati di pericolo concreto, richiama sovente le osservazioni prospettate da M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., p. 335.

¹⁴³ È il caso della sentenza n. 65 del 1970 (v. *infra* cap. II, par. 1.2) sull'art. 414, terzo comma, c.p., in relazione alla quale la Corte costituzionale ha ritenuto che l'apologia punibile è solo quella che integra un comportamento *concretamente idoneo* a provocare la commissione di delitti; *idem* dicasi per la pronuncia n. 108 del 1974 sull'art. 415 c.p., con cui il Giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 415 c.p. «nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio fra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità».

¹⁴⁴ L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 196, che si riferisce, in particolare, alla sentenza n. 87 del 1966 sulla propaganda sovversiva (v. *infra* cap. II, par. 1.2), in cui la Corte costituzionale continua a fornire una lettura della fattispecie *de qua* in chiave di pericolo presunto; altrettanto significativa è la pronuncia n. 71 del 1978 sull'art. 266 c.p., con cui i Giudici costituzionali dichiarano che il delitto di istigazione dei militari a disobbedire alle leggi si configura quando l'istigazione sia «diretta a commettere gli atti concreti specificamente elencati, i quali costituiscono, *per valutazione legislativa immune da irragionevolezza*, pericolo per il bene costituzionalmente protetto». Per quest'ultima pronuncia, si rimanda alla nota critica di L. STORTONI, *L'incostituzionalità dei reati di opinione: una questione liquidata?*, in *Foro it.* 1979, p. 898, il quale ritiene che la decisione assimili e confonda il problema della lesività con quello ben diverso del bene giuridico.

giurisprudenza per ridurre l'eccessiva anticipazione di tutela che caratterizza molti reati di opinione.

Senonché, tale processo di conversione comporta anche alcuni problemi di non facile risoluzione. In primo luogo, un'attenta dottrina ⁽¹⁴⁵⁾ ha osservato come il requisito dell'idoneità, analogamente al concetto di pericolo, implichi un giudizio di tipo probabilistico tra l'elemento a cui l'idoneità accede ed un evento assunto a secondo termine della relazione. E in questo tipo di giudizio, soltanto il primo fatto appartiene alla categoria dei dati esistenti o esistiti, mentre il secondo è assunto in termini di mera possibilità o realtà eventuale. Ne consegue che anche il "nesso causale" intercorrente tra i due fatti finisce per avere natura soltanto eventuale ⁽¹⁴⁶⁾. In secondo luogo, posto che i reati di opinione sono in gran parte reati politici, la valutazione della situazione politico-sociale del Paese al momento in cui l'agente realizza la sua condotta impone al giudice di calarsi nei panni dello storico, per rinvenire possibili analogie rispetto a situazioni che si sono verificate in passato. La legge di copertura del rapporto tra l'accadimento attuale e quello futuro, infatti, non può che avere carattere storico, sociologico o politico, con tutte le incertezze e i limiti che leggi di questo tipo comportano ⁽¹⁴⁷⁾. Peraltro, le difficoltà aumentano ulteriormente se si considera che gli eventi assunti a secondo termine della relazione sono spesso eventi macrolesivi, rispetto ai quali

¹⁴⁵ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Sassari 1984, p. 24; M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., p. 337.

¹⁴⁶ Per questo, ha senz'altro ragione F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, quando afferma che non si dovrebbe parlare di "nesso di causalità" in senso stretto, ma piuttosto di "causabilità" della conseguenza dannosa.

¹⁴⁷ Sul punto v. M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., p. 337, secondo il quale «le leggi di esperienza in queste fattispecie assumono necessariamente carattere storico, sociologico e politico, in quanto spetta al giudice rinvenire possibili elementi di somiglianza rispetto a situazioni che si sono verificate in un passato più o meno recente, con tutti i limiti e con tutte le incertezze che inevitabilmente si accompagnano alla ricostruzione degli eventi storici e alla ricerca di eventuali analogie». È dello stesso avviso M. CERASE, *Sull'apologia e i reati di pericolo la Cassazione fa un salto indietro*, in *Cass. pen.* 1993, p. 1717, il quale osserva che, quando si tratta di reati di istigazione e apologia, il quadro si complica, poiché «l'oggetto dell'analisi non è un singolo fenomeno naturalistico, ma l'intera realtà socio-politica: si abbandona, cioè, il terreno della causalità materiale e si approda su quello della causalità psicologica, entro il quale, ai fini dell'accertamento del pericolo, le migliori scienze ed esperienze non sono più quelle esatte, ma le discipline sociali, quali la storia, la psicologia, la sociologia, la scienza dell'organizzazione».

pare difficile poter esprimere un giudizio di idoneità della condotta ⁽¹⁴⁸⁾. Si pensi, ad esempio, all'evento genocidio come conseguenza di una condotta integrante gli estremi della propaganda (v. *infra* il caso Ruanda, cap. II, par. 2.1): in questo frangente, il giudizio di idoneità della condotta potrebbe avere esito positivo solo ipotizzando il concorso di più soggetti nella realizzazione del fatto o l'abuso di posizioni di potere all'interno degli apparati istituzionali.

Questi rilievi critici evidenziano come anche il requisito dell'idoneità, ossia del pericolo concreto, si sia dimostrato incapace di garantire determinatezza e offensività al fatto tipico, trasformandosi piuttosto in un elemento foriero di interpretazioni giudiziarie arbitrarie ⁽¹⁴⁹⁾. Da qui la proposta di inserire, *de iure condendo*, il requisito del pericolo non nella posizione di elemento qualificante la condotta illecita, bensì nella posizione di evento in senso naturalistico, così da ovviare alle perplessità avanzate dalla dottrina. Un intervento in tal senso potrebbe essere attuato, ad esempio, mediante l'inserimento, da parte del legislatore, di un'apposita clausola che faccia espresso riferimento al pericolo che si verifichino determinati reati (es. "se dal fatto deriva il pericolo che si commettano i reati istigati o di cui si è fatta apologia"). In questo modo, non vi sarebbe alcuna compromissione del principio di legalità, giacché ad intervenire sarebbe direttamente il legislatore e non il giudice in sede interpretativa. Il giudizio richiesto per l'accertamento di un *evento* pericoloso, inoltre, ha il pregio di sottrarsi ad ogni censura di arbitrarietà, in quanto prende in considerazione *tutte* le circostanze esistenti al momento in cui il risultato si

¹⁴⁸ Anche questo spunto critico è suggerito da M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., p. 337.

¹⁴⁹ Giungono a questa stessa conclusione L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 203, per la quale «la pericolosità concreta, che avrebbe dovuto fornire un limite applicativo alla fattispecie, finisce per presentare il volto ambiguo della incertezza dei confini applicativi, modulabili secondo il giudizio soggettivo dell'interprete e condizionati dai contingenti bisogni di pena»; G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, in *Arch. pen.* 1976, II, p. 3, che evidenzia, tra gli aspetti problematici della conversione in oggetto, la possibile compromissione del valore della tipicità formale legata ad un'alterazione del tipo descrittivo ovvero ad un'accentuazione del divario tra conformità al modello legale ed offensività del fatto; C. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale*, cit., p. 15, per il quale la praticabilità delle fattispecie di pericolo concreto sarebbe ridotta e comunque assai dubbia; M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., p. 341 e s., secondo il quale, nemmeno il tentativo di liberare l'elemento della idoneità dal giudizio probabilistico in ordine alla realizzazione dell'evento lesivo, accontentandosi della semplice possibilità, consente alla fattispecie di acquisire un livello più accettabile di determinatezza.

è prodotto, e non solo quelle presenti al momento della condotta. Con queste premesse, anche l'offensività del fatto ne uscirebbe rafforzata: se, per provare la concreta lesione del bene tutelato, si utilizzano tutte le circostanze intervenute successivamente alla condotta, la possibilità di scarto tra tipicità e lesività si riduce al minimo. Tuttavia, neppure questa soluzione appare risolutiva, giacché la prova del pericolo, che dovrebbe rientrare rigorosamente nell'ambito delle spiegazioni scientifiche, finisce qui per sconfinare nell'universo delle c.d. discipline sociali, che – come già si è avuto modo di dire – sono inesatte per natura. Inoltre, le fattispecie in esame hanno caratteristiche tali per cui l'accertamento del pericolo potrebbe collocarsi anche a grande distanza temporale dal momento in cui l'evento lesivo si verificherà o non potrà più verificarsi ⁽¹⁵⁰⁾. Pensiamo, ad esempio, ad un'attività di propaganda razzista: potrebbe sfociare in un genocidio? A distanza di quanto tempo? E fino a che punto può estendersi il distacco temporale tra situazione pericolosa ed eventuale risultato lesivo? A queste domande non è possibile rispondere con certezza, poiché l'oggetto da analizzare non è un singolo fenomeno naturalistico, ma l'intera realtà socio-politica, che in quanto tale non può essere studiata alla luce delle scienze esatte e fuoriesce dal terreno della causalità materiale per approdare in quello della causalità psicologica, dove tutto può essere il contrario di tutto.

2.3. L'indeterminatezza delle fattispecie.

L'indeterminatezza che caratterizza i reati di opinione può essere di due diverse tipologie. La prima è data dall'impiego di locuzioni troppo generiche e laconiche. Caso emblematico in tal senso è quello del vilipendio, la cui nozione, assolutamente vaga, ha reso difficile coglierne con precisione la configurazione, consentendo alla giurisprudenza di muoversi con estrema libertà nell'identificare le condotte vilipendiose (v. *supra* par. 1.1, nota 18). Basti pensare che gli estremi del vilipendio sono stati ravvisati nella

¹⁵⁰ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 220.

generica accusa al governo di «commettere atti disonesti»⁽¹⁵¹⁾ o nella qualificazione dell'esecutivo come «governo degli sbirri»⁽¹⁵²⁾ o come «fomentatore di guerra civile», «liberticida» o «causa di lutti per il paese»⁽¹⁵³⁾. Molte di queste espressioni si esauriscono in meri giudizi politici, in «polemiche spicciole del comizio [e] del volantino», la cui punizione a titolo di vilipendio segna una «pesante interferenza della minaccia penale nel dibattito politico»⁽¹⁵⁴⁾. Mentre le condotte di ingiuria e diffamazione si identificano attraverso la produzione di un'offesa all'altrui onorabilità – il che consente una sia pur minima individuazione dell'oggetto giuridico – nel vilipendio il nucleo della fattispecie è tutto concentrato nell'intenzione di esprimere un significato, ciò comportando un'assoluta indeterminatezza dei casi e dei canali espressivi con cui un significato può essere veicolato⁽¹⁵⁵⁾. La dottrina, dal canto suo, invece di ridurre l'indeterminatezza della fattispecie, «tenta di arricchirne la definizione mediante elementi che, a stretto rigore, non sono in alcun modo implicati in essa»⁽¹⁵⁶⁾. Il pensiero corre alla gravità dell'offesa, alla forma particolarmente grossolana dell'espressione (v. *supra* par. 1.1), alla capacità dell'espressione di turbare l'ordine pubblico: tutti elementi che vorrebbero precisare la definizione della condotta vilipendiosa ma che, non essendo previsti dal legislatore, contribuiscono a disorientare l'interprete. Queste ultime considerazioni valgono anche per l'apologia e la propaganda, rispetto alle quali sono state proposte definizioni spesso incapaci di garantire una sufficiente determinatezza dei comportamenti in grado di integrare le relative fattispecie (v. *infra* cap. II e III).

Quanto alla seconda tipologia di indeterminatezza caratterizzante i reati di opinione, si tratterebbe di «un'indeterminatezza indotta (...) dalle incertezze circa il reale contenuto offensivo della condotta incriminata»⁽¹⁵⁷⁾. Premesso

¹⁵¹ Cass. pen., 18 aprile 1951, in *Giur. compl. Cass. pen.* 1951, n. 479.

¹⁵² Cass. pen., 5 dicembre 1951, *ivi* 1951, n. 4850.

¹⁵³ Cass. pen., 21 novembre 1951, *ivi* 1951, n. 3382.

¹⁵⁴ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 61.

¹⁵⁵ In questi termini si esprime P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Milano 1971, p. 167.

¹⁵⁶ A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., p. 698.

¹⁵⁷ A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., p. 699, che parla al riguardo di un «feedback di indeterminatezza».

che le fattispecie in questione utilizzano espressioni elastiche (es. vilipendere, fare propaganda, fare apologia), caratterizzate una «zona grigia»⁽¹⁵⁸⁾, occorre individuare i casi riconducibili a quest'area, quantitativamente e qualitativamente indefinita. Ma la ricostruzione di tale casistica dipende, a sua volta, dall'individuazione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. E già si è visto che, nei reati di opinione, è alquanto controverso quale sia il bene in questione. Si assiste, pertanto, ad una sorta di «indeterminatezza di ritorno»⁽¹⁵⁹⁾, che si pone come conseguenza dell'inafferrabilità del bene giuridico protetto e dello scarso spessore offensivo delle condotte incriminate (v. *supra* par. 2.2.).

2.4. La sproporzione tra fatto e conseguenze sanzionatorie.

Prima dell'intervento riformatore del 2006 (v. *infra* par. 3.4.), i reati di opinione politici erano caratterizzati da margini edittali di pena molto elevati: il vilipendio alla nazione italiana e il vilipendio alla bandiera erano puniti con la reclusione da uno a tre anni; il vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate, nonché l'offesa alla bandiera o ad altro emblema di uno Stato estero, con la reclusione da sei mesi a tre anni; la propaganda e l'apologia sovversiva o antinazionale, con la reclusione da uno a cinque anni. La *ratio* di sanzioni così severe si legava indissolubilmente ai valori tipici del regime fascista, quali l'idea di nazione, il prestigio delle istituzioni e l'obbedienza alle leggi penali statali. Il bene supremo, cui accordare la massima tutela, non era rappresentato dalla persona umana, ma dallo Stato. Da qui l'esigenza di reprimere – anche con la pena detentiva, se ve ne fosse stata la necessità – tutte quelle condotte capaci di turbare i suddetti valori morali facenti capo allo Stato. Tuttavia, se comminatorie edittali così elevate potevano avere un senso nel contesto sopra descritto, oggi appaiono decisamente fuori luogo. L'avvento

¹⁵⁸ L'espressione è di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 65, secondo il quale i termini elastici «esprimono concetti che presentano due confini comprendenti una “zona grigia” intermedia fra un settore di positiva ed un settore di negativa certezza, aperta a possibili soluzioni opposte dipendenti dall'apprezzamento del giudice».

¹⁵⁹ A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., p. 699.

della Costituzione, infatti, ha contribuito all'affermarsi di un ordinamento personalistico, che pone l'individuo al centro del sistema e relega lo Stato sullo sfondo. Si è quindi avvertita la necessità di ridimensionare il rigore sanzionatorio dei delitti contro la personalità dello Stato che, dal 2006, non sono più puniti con la pena della reclusione, ma con la sola pena della multa. A ben vedere, però, neppure la scelta di sostituire la pena detentiva con quella pecuniaria è bastata a soddisfare le aspettative di coloro che auspicavano un più drastico intervento di depenalizzazione nel settore. Il ricorso alla sanzione pecuniaria, infatti, non è di per sé sufficiente a risolvere i problemi di incostituzionalità legati a queste disposizioni, che finiscono pur sempre per incriminare mere manifestazioni del pensiero⁽¹⁶⁰⁾. Sarebbe stato preferibile, quindi, optare per una più incisiva modifica della normativa in discorso, che enfatizzasse i profili di materialità ed offensività delle condotte delittuose. Peraltro, è stato correttamente osservato che la scelta di applicare la *sola* sanzione pecuniaria «solleva problemi di incostituzionalità sotto il profilo della ragionevolezza e dell'adeguatezza delle sanzioni ai comportamenti illeciti»⁽¹⁶¹⁾ e si pone in totale «controtendenza rispetto all'unica vera riforma organica di depenalizzazione»⁽¹⁶²⁾, attuata con la legge n. 689 del 1981.

Per quanto riguarda i reati di opinione diversi dai delitti contro lo Stato, invece, *nihil sub sole novum*. Ad oggi, nonostante una Costituzione che si proclama personalistica, chi manifesta il proprio pensiero mediante condotte integranti le fattispecie di provocazione, rischia ancora il carcere: l'apologia *ex art. 414, comma 3, c.p.* è punita con la reclusione da uno a cinque anni; per l'apologia del fascismo è prevista la pena congiunta della reclusione (da sei mesi a due anni) e della multa; chi fa propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ai sensi dell'art. 3, l. n. 654 del 1975, è punito con la pena alternativa della reclusione (fino a un anno e sei mesi) o con la multa; chi istiga a commettere delitti (art. 414, comma 1, c.p.) è punito, per il *solo* fatto dell'istigazione, alla pena della

¹⁶⁰ In questi termini, v. A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti. Mai più il carcere, ma restano le multe*, in *Diritto e giustizia* 2006, p. 93; R. PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *Indice pen.* 2006, p. 704 e s.

¹⁶¹ R. PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione*, cit., p. 704.

¹⁶² A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti*, cit., p. 93.

reclusione da uno a cinque anni; chi istiga a disobbedire alle leggi (art. 415 c.p.) è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. Ma la più evidente sproporzione tra fatto e conseguenze sanzionatorie emerge rispetto ai delitti di istigazione e apologia di genocidio (art. 8, l. n. 962 del 1967). Nessuno mette in dubbio che i fatti di genocidio, oggetto di istigazione e apologia, siano riprovevoli. Allo stesso modo, nessuno può negare che il rigorismo sanzionatorio di queste previsioni sia in qualche modo “giustificato” dall’allarme sociale suscitato dalle grandi tragedie dell’umanità. Altrettanto allarmante, però, è che nel nostro ordinamento esista una norma che punisce la *mera* apologia e “il *solo* fatto dell’istigazione” al genocidio con la pena della reclusione da tre a dodici (!) anni, prescindendo completamente dalle reali conseguenze di tali condotte.

3. Le alterne vicende dei reati di opinione in Italia.

La forte connotazione politica dei reati di opinione può far pensare che la loro disciplina sia continuamente influenzata dai mutamenti delle condizioni politiche, sociali ed economiche del Paese, quasi fosse una cartina al tornasole di una determinata epoca.

Per verificare la bontà di questa ipotesi, si prenderà come riferimento un arco temporale piuttosto ampio, la cui analisi consentirà di stabilire se, e fino a che punto, i cambiamenti avvenuti nel tessuto politico-sociale abbiano inciso sui reati di opinione a livello legislativo, dottrinario e giurisprudenziale. Il lasso di tempo considerato va da metà Ottocento ai giorni nostri ed è suddivisibile in tre periodi: quello liberale, caratterizzato dai codici preunitari e, successivamente, dal codice Zanardelli; quello fascista (1925-1943), che ha dato i natali al codice Rocco; quello repubblicano, che inizia con l’avvento della Costituzione e arriva sino ad oggi. Nella fase finale di quest’ultimo periodo, in particolare, i reati di opinione sono stati interessati da due grandi “svolte” legislative: la riforma specifica che li ha riguardati, attesa da decenni e attuata solo nel 2006, e l’intervento del legislatore comunitario con la decisione quadro 2008/913/GAI.

A fronte di questa analisi storica, quindi, si potrà valutare se i valori espressi nelle decisioni dei giudici siano insensibili ai mutamenti politico-istituzionali, o se, invece, dimostrino una flessibilità valutativa connessa alle dinamiche storiche del Paese. Allo stesso modo, si potrà dire se i principi enunciati nelle sentenze riflettano le ideologie prevalenti in quel dato momento storico, se guardino al futuro o se, invece, continuino a rispecchiare l'ideologia del tempo in cui le norme furono create.

3.1. Il periodo liberale.

L'incriminazione dell'istigazione e dell'apologia come comportamenti integranti autonome fattispecie di reato risale a metà Ottocento. Prima di questo momento, i reati in questione erano ricondotti alle più ampie categorie del tentativo e del concorso. In particolare, è l'editto sardo sulla stampa del 23 marzo 1848 a prevedere per la prima volta il delitto di apologia, stabilendo che "ogni apologia di fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale sarà punita con la pena del carcere non superiore ad un anno o con la multa" (art. 24) ⁽¹⁶³⁾. L'apologia, originariamente prevista per *tutti* i reati, viene poi circoscritta a determinati reati politici. Lo conferma il disegno di legge sull'apologia di assassinio politico presentato dal ministro Cavour alla Camera dei Deputati nel 1858, in seguito all'attentato di Felice Orsini contro l'imperatore Napoleone III, di cui si faceva apologia in Italia ⁽¹⁶⁴⁾. La ragioni sottese alla presentazione di questo disegno di legge erano da ravvisarsi, innanzitutto, nell'esigenza – esclusivamente politica – di mantenere l'alleanza con la Francia e, in secondo luogo, nella necessità di eliminare le insufficienze dell'editto sulla stampa del 1848 che, oltre a

¹⁶³ La norma in questione riproduce alla lettera l'art. 8 della legge francese sulla stampa del 9 settembre 1835, promulgata in seguito all'attentato contro Luigi Filippo.

¹⁶⁴ Il disegno di legge prevedeva che "l'apologia dell'assassinio politico, ovunque commesso, è punita con la pena del carcere da tre mesi ad un anno, oltre ad una multa. Tale reato si commette ogni qualvolta si approva l'assassinio politico, ovvero si cerca di giustificarlo o di scusarlo per mezzo della stampa, anche nel caso in cui l'apologia sia fatta indirettamente, con la pubblicazione o la riproduzione di scritti, stampati ed opere altrui".

prevedere pene troppo ridotte, non forniva una chiara definizione di apologia (165).

Per quanto riguarda l'istigazione a delinquere, invece, la sua prima previsione come reato autonomo è rinvenibile nel codice toscano del 1853. Inoltre, passando in rassegna la variegata legislazione preunitaria, è opportuno menzionare il codice penale sardo del 1859, che prevede la fattispecie di "provocazione a commettere reati": una sorta di istigazione a commettere qualsiasi reato mediante "discorsi o altri mezzi" in luoghi pubblici (art. 469).

Si arriva, poi, al 1889, anno in cui viene promulgato il codice penale Zanardelli per l'Italia unita. L'art. 246 prevede che "chiunque pubblicamente istiga a commettere un reato è punito, per il solo fatto dell'istigazione, con pene variabili, a seconda della gravità del fatto istigato, da una multa a cinque anni di reclusione". La relazione ministeriale al Codice specifica che all'inciso "per il solo fatto dell'istigazione" deve essere attribuito il significato di voler incriminare l'istigazione in ogni caso, a prescindere dall'eventuale offesa all'ordine pubblico. Lo stesso vale per l'apologia, prevista all'art. 247. Un effettivo pericolo per la tranquillità pubblica è richiesto solo per la configurabilità dell'incitamento all'odio tra le classi sociali, anch'esso contenuto nell'art. 247.

In questo periodo, la giurisprudenza manifesta un atteggiamento chiaramente politico, di costante avversione nei confronti dei gruppi operai e delle classi più povere, le cui proteste vengono considerate a priori movimenti politici sovversivi (166). La magistratura si fa portatrice di un messaggio culturale e politico strettamente di classe, a discapito del principio della libertà di pensiero. Inoltre, come è stato attentamente osservato, l'applicazione delle norme sull'istigazione e sull'apologia non solo è ristretta ai reati politici, ma «è a senso unico, cioè diretta a reprimere

¹⁶⁵ In questi termini si esprime P. DI VICO, *Il delitto di apologia*, in *Annali di dir. e proc. pen.* 1936, II.

¹⁶⁶ In questo senso, v. Cass. pen., 19 ottobre 1906, in *Foro it.* 1907, II, p. 10, per cui «le conferenze socialiste producono perturbazioni; la diffusione delle idee del socialismo è causa di per se stessa di violazioni dell'ordine pubblico»; Trib. Bologna, 24 febbraio 1908, in *La legge* 1908, p. 1107, che parla di «volgari episodi della bufera di violenza, la quale da alcuni anni intermittenemente travolge le menti degli operai e dei braccianti di questa regione».

il dissenso di sinistra» (167). Ciò trova una giustificazione storica nel fatto che, fino al 1910, non esisteva un'opposizione di destra. Ciononostante, però, è alquanto singolare che le violenze degli anni immediatamente precedenti al fascismo non abbiano avuto alcun riscontro, per quanto riguarda i delitti in esame, nelle aule di giustizia (168).

3.2. Il periodo fascista.

L'atteggiamento autoritario manifestato dalla magistratura durante il periodo liberale costituì una sorta di "anticipazione" dell'impostazione repressiva di ogni manifestazione di dissenso politico, che sarebbe poi diventata la regola del fascismo. La giurisprudenza, quindi, continuò a percorrere la strada sempre seguita: trattandosi di reati di pericolo presunto, non era necessario accertare il pericolo concreto per l'ordine pubblico; essendo sufficiente il dolo generico, non vi era bisogno di provare il dolo specifico; quanto al requisito della pubblicità, era da intendersi in senso lato e, per la sua sussistenza, bastava che il fatto fosse «commesso in presenza di due o più persone» (169).

In un regime totalitario – si è acutamente osservato – «la repressione penale passa prima di tutto attraverso canali extralegali ed extragiudiziari e il diritto penale politico interviene solo quando non ha funzionato la normale repressione poliziesca» (170). Per questo, le sentenze rinvenute in materia di istigazione e apologia, pronunciate durante il ventennio, sono pochissime e

¹⁶⁷ V. FAZIO – C. VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, in *Politica del diritto* 1972, p. 540.

¹⁶⁸ Perplessità in tal senso sono manifestate da V. FAZIO – C. VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato*, cit., p. 540.

¹⁶⁹ Cass. pen., 26 febbraio 1926, in *Giust. pen.* 1926, p. 575, sull'apologia dell'attentato a Mussolini, per cui «agli effetti della pubblicità non occorre che il fatto sia commesso in luogo pubblico o esposto al pubblico, ma basta che sia commesso in presenza di due o più persone, purché estranee alla sfera di convivenza o alla sfera familiare del colpevole, le quali percepiscano o possano percepire il fatto stesso. Ad integrare, quanto all'elemento soggettivo, il delitto, è sufficiente il dolo generico. Le figure criminose in esame possono sussistere indipendentemente dalla circostanza di esserne derivato pericolo per la pubblica tranquillità».

¹⁷⁰ V. FAZIO – C. VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato*, cit., p. 540.

riguardano fatti assolutamente futili, commessi sempre da comunisti e da anarchici ⁽¹⁷¹⁾.

3.3. Il periodo repubblicano.

L'avvento della Costituzione repubblicana e la proclamazione dei diritti fondamentali dell'individuo, tra cui la libertà di manifestazione del pensiero, avrebbero dovuto ridurre – se non annullare – la portata applicativa dei reati di opinione. Senonché, questa aspettativa è stata ampiamente disattesa. Lo stesso giudice delle leggi, anziché garantire il pieno rispetto del dettato costituzionale, in più di un'occasione ha preferito “salvare” i reati di opinione, talora interpretandoli in maniera tutt'altro che convincente (v. *infra* cap. III). Così facendo, tra l'altro, si è tentato di legittimare l'assurdo che la legge penale ordinaria potesse limitare un diritto di rango costituzionale come quello che consente al cittadino di esprimere liberamente le proprie idee.

Nonostante i molti spunti dottrinali, la giurisprudenza è apparsa per molto tempo restia ad ammettere che la piramide delle fonti si fosse arricchita di un ulteriore gradino rappresentato dalla Costituzione. E, ancora oggi, permangono interpretazioni che dovrebbero essere decisamente superate. Se, per quanto riguarda l'istigazione, questo atteggiamento può essere in parte dovuto alla necessità di vietare la rottura *violenta* dell'ordinamento, per l'apologia non vi è alcuna giustificazione politico-costituzionale che tenga. Quest'ultima – assieme ad altri reati di opinione – non è altro che «la

¹⁷¹ A titolo esemplificativo, v. Trib. Spec., sent. n. 1 del 1° febbraio 1927, che condanna a nove mesi di reclusione, per apologia di attentato, due operai di Roma che, riferendosi al fallito attentato a Mussolini, avevano detto: “Li mortacci sua, poteva morire!”; Trib. Spec., sent. n. 6 del 24 gennaio 1938, che condanna ad un anno di reclusione, per apologia del comunismo, un marinaio che aveva detto: “Sarei disposto ad andare in Spagna, ma per passare dalla parte dei Rossi”; Trib. Spec., sent. n. 97 del 19 luglio 1940, che condanna ad un anno, per apologia del sovvertimento dell'ordine statale, due casalinghe che avevano previsto vicina la rivoluzione e l'uccisione del Duce; Trib. Spec., sent. n. 15 del 21 dicembre 1939, che condanna a due anni di reclusione, per istigazione a disobbedire alle leggi, un soldato che aveva incitato alla protesta quattro commilitoni, scontenti delle divise logore e delle scarpe sfondate. Tutte le sentenze ivi richiamate sono rinvenibili in AA. VV., *Aula IV*, Roma 1961, che riporta tutti i processi celebrati dal Tribunale Speciale per la difesa dello Stato.

risposta (...) dell'atavica paura della classe dominante che vede messo in pericolo il proprio potere anche da un articolo di giornale» (172). Così si spiega anche l'introduzione dell'apologia del fascismo ad opera della c.d. legge Scelba del 1952: la paura di un ritorno al passato ebbe la meglio sui valori democratici proclamati dalla Costituzione. Una democrazia forte e sicura di sé non avrebbe avuto timore delle opinioni, neppure di quelle più scomode e irritanti. Ma nel 1952, evidentemente, l'Italia era ancora una democrazia intimorita e troppo giovane. Oggi, però, a distanza di quasi settant'anni dal crollo del regime fascista e dall'avvento della Costituzione, norme simili appaiono del tutto fuori luogo e non hanno più alcuna ragione di esistere in un ordinamento che suole definirsi democratico.

3.4. Il tanto atteso intervento riformatore ad opera della legge n. 85 del 24 febbraio 2006: un fuoco di paglia?

Nei primi anni Settanta, a più di vent'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, la dottrina inizia a rendersi conto di come i reati di opinione e, più in generale, i reati politici siano «in stridente contrasto con l'ordinamento democratico» (173), impostato sul principio del pluralismo partitico e contrario alle discriminazioni ideologiche. Si prende coscienza della incostituzionalità di un codice penale che «continua ad essere colmo di disposizioni che incriminano svariate forme di manifestazione del pensiero» (174), retaggio di un'epoca di partito unico che dovrebbe essere ormai archiviata.

Da qui, le prime timide proposte di riforma dei reati di opinione, la cui stagione fu inaugurata dal Ministro Gonella che, il 19 novembre 1968, presentò al Senato un disegno di legge governativo avente ad oggetto la modifica e l'abrogazione di alcuni articoli del codice penale, ritenuti incompatibili con i principi democratici formulati nella Costituzione. A soli

¹⁷² V. FAZIO – C. VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato*, cit., p. 557.

¹⁷³ V. PLUMITALLO, *Introduzione sui reati di opinione*, in *Iustitia* 1971, p. 298.

¹⁷⁴ G. CONSO, *La libertà di pensiero*, in *Arch. pen.* 1971, p. 174 e in *La Stampa*, 25 ottobre 1970. In particolare, sulla necessità della «abrogazione o quanto meno di una migliore precisazione del reato di vilipendio», v. V. PLUMITALLO, *Reati d'opinione: riflessioni per una riforma*, in *Iustitia* 1973, p. 182.

due anni di distanza da questa prima proposta, durante la seduta del Senato del 10 dicembre 1970, il Ministro Reale presentò un ulteriore disegno di legge in materia di reati di opinione, che amplificava la portata abrogativa del progetto Gonella ⁽¹⁷⁵⁾. Il progetto Reale – accolto con entusiasmo dagli studiosi dell'epoca ⁽¹⁷⁶⁾ – richiamava, a sua volta, le numerose proposte di iniziativa parlamentare aventi lo stesso oggetto, presentate a più riprese sia alla Camera dei Deputati ⁽¹⁷⁷⁾, sia al Senato ⁽¹⁷⁸⁾. Nel contempo, l'Associazione magistrati decideva di percorrere una strada alternativa, ossia quella di sottoporre a *referendum* abrogativo le norme sui reati di opinioni. Nonostante le buone intenzioni, però, non si facevano progressi. La dottrina di quegli anni denuncia che «i progetti si accumulano, soffocandosi a vicenda nella gran confusione creata dai loro contenuti tanto divergenti. Alcuni chiedono troppo, altri troppo poco». A creare questa situazione di stallo contribuiva certamente anche il clima di guerriglia urbana generato dal terrorismo politico: si temeva che un'eccessiva libertà di espressione – specialmente in materia politica, appunto – compromettesse ulteriormente il già precario equilibrio su cui si reggevano le istituzioni statali.

L'anno della svolta è il 2006. Tante – forse troppe – sono le speranze riposte nella legge n. 85 del 24 febbraio 2006, recante modifiche al codice penale in materia di reati di opinione, che dovrebbe «alza[re] il tasso di democrazia del Paese», raggiungendo l'agognato obiettivo di «cancellare, per la prima

¹⁷⁵ Per un'attenta disamina del progetto Reale, si rimanda a V. PLUMITALLO, *Normativa sui reati di opinione*, in *Iustitia* 1972, p. 228 e ss.

¹⁷⁶ Così V. PLUMITALLO, *Introduzione sui reati di opinione*, cit., il quale riteneva che «l'esigenza di una vera riforma costituzionale in materia [fosse] un fatto ormai insopprimibile per il cittadino». *Contra*, invece, A. DE MARSICO che, in un articolo pubblicato sul *Tempo* del 5 gennaio 1971, riferendosi al progetto Reale, lo definiva ironicamente un «superbo passo in avanti (...) sulla via del progresso, cioè dell'estirpazione delle leggi fasciste». «Il disegno Gonella» – continuava l'Autore – «era già un notevole, ma mediato riflesso dell'annacquamento che le sovrane categorie ideologiche della Patria e della Nazione hanno subito con l'avvento della Repubblica: questo Reale tende a cancellarle addirittura dal novero dei valori che dovrebbero costituire l'essenza del legame tra il cittadino e lo Stato».

¹⁷⁷ In particolare, si trattava della proposta n. 2227 del 21 gennaio 1970, presentata dall'On. Fracanzani, e della n. 2528 del 20 maggio 1970, presentata dall'On. Luzzatto.

¹⁷⁸ Tra queste ricordiamo la n. 1052 del 13 gennaio 1970, presentata dal Sen. Tomassini, la n. 1053 del 20 gennaio 1970, presentata dal Sen. Parri, la n. 1080 del 22 gennaio 1970, presentata dal Sen. Maris, la n. 1133 del 20 febbraio 1970, presentata dal Sen. Pieraccini, e la n. 1363 del 23 ottobre 1970, presentata dal Sen. Codignola.

volta nella storia della Repubblica, una serie di reati che ormai nulla avevano a che fare con la libertà di pensiero e opinione che caratterizza uno stato democratico» (179). Sennonché, la dottrina (180) – mai tanto unanime – non ha tardato a rilevare le «occasioni mancate» e le «incoerenze sistematiche» (181) di una “non-riforma” (182), che non introduce alcuna sostanziale novità e, di fatto, non risolve i problemi di costituzionalità sollevati dai reati di opinione.

In primo luogo, la legge del 2006 è intervenuta sui delitti di attentato, potenziandone l’offensività attraverso l’inserimento del doppio requisito della “violenza” e della “idoneità” degli atti. Tuttavia, una volta selezionate le fattispecie su cui intervenire (e guardandosi bene dal far trapelare ogni possibile indizio sul criterio di selezione impiegato), il legislatore ha introdotto il requisito dell’idoneità nei soli artt. 241 e 283 c.p. L’art. 289 c.p., invece, seppur interessato dalla riforma, è rimasto sguarnito di tale elemento, analogamente a tutte le restanti fattispecie modellate sulla tecnica di anticipazione della tutela. Questa scelta legislativa ha destato non poche perplessità, soprattutto a fronte dell’enorme sforzo ermeneutico di dottrina e giurisprudenza, sfociato nell’elaborazione di un’interpretazione adeguatrice dei delitti di attentato che ora rischia di essere vanificata. Per il principio di argomentazione a contrario, infatti, si

¹⁷⁹ Così si esprimeva l’allora Ministro della Giustizia Castelli.

¹⁸⁰ A. CLEMENTE, *Modifiche al c.p. in materia di reati di opinione a seguito della l. n. 85 del 2006*, in *Giur. merito* 2007, p. 26; A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova 2006, p. 135; ID., *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti. Mai più il carcere, ma restano le multe*, in *Diritto e giustizia* 2006, p. 92; A. MASSARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuti e limiti della l. n. 85 del 2006*, in *Cass. pen.* 2006, p. 3857; C. NORDIO, *Reati d’opinione: occasione persa. Una riforma senz’anima (liberale)*, in *Diritto e giustizia* 2006, n. 6, p. 8; D. NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Legislazione penale* 2006, p. 401; T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto* 2006, p. 23; R. PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *Indice pen.* 2006, p. 697; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. e processo* 2006, p. 959; D. PULITANÒ, *Riforma dei reati d’opinione?*, in *Corriere giuridico* 2006, p. 745; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.* 2006, II, p. 217.

¹⁸¹ Si riprende volutamente il titolo dell’articolo di M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, cit., p. 959.

¹⁸² D. PULITANÒ, *Riforma dei reati d’opinione?*, cit., p. 746.

potrebbe sostenere che, ove non espressamente menzionata, l'idoneità degli atti non sia richiesta. Ma per quanto la si cerchi, non sembra esservi alcuna plausibile giustificazione a sostegno dell'inserimento a macchia di leopardo del requisito dell'idoneità. Per ciò che riguarda l'elemento della violenza, invece, va dato atto di come esso sia stato inserito in tutte e tre le fattispecie di attentato interessate dalla riforma. Sennonché, richiedendo atti violenti, il legislatore priva di rilevanza penale tutte quelle forme di criminalità non violente, ma altrettanto capaci – in quanto provenienti da soggetti interni al sistema statale – di incidere sul funzionamento delle istituzioni. Da qui un drastico ridimensionamento dell'area di tutela accordata a beni che, quantomeno nelle intenzioni del legislatore storico, avrebbero meritato la più ampia protezione possibile. Mosso dall'intento di conferire spessore offensivo alla condotta attentante, e confermando ancora una volta il suo approccio puntiforme, il legislatore ha poi provveduto ad espungere dall'art. 289 c.p. il riferimento al "turbamento" delle funzioni istituzionali che, effettivamente, attribuiva all'evento criminoso una consistenza sfuggente e impalpabile. Infine, allo sconnesso e frammentario intervento di arricchimento del sostrato offensivo di alcune figure di attentato, si è accompagnata una riduzione del loro carico sanzionatorio, che è parsa a tratti paradossale. Difatti, a fronte di una maggiore definizione del connotato di pericolosità delle condotte attentanti, tutto ci si sarebbe aspettati tranne che una mitigazione delle relative pene. Peraltro, la ridefinizione di alcune cornici edittali ha esposto il sistema a non poche incongruenze, prima fra tutte quella di equiparare sul piano sanzionatorio fatti caratterizzati da un disvalore penale completamente diverso.

La l. n. 85 del 2006 ha inserito il requisito dell'idoneità anche nell'art. 270 (associazioni sovversive), che pone problematiche analoghe a quelle sollevate dai delitti di attentato. Ad essere punita, infatti, è l'associazione che persegue uno scopo ritenuto pericoloso, indipendentemente dal concreto raggiungimento di tale scopo. La riformulazione, che vorrebbe garantire un maggiore spessore offensivo alla fattispecie *de qua*, comporta però lo stesso epilogo già riscontrato per i delitti di attentato: l'*argumentum a contrario*, infatti, porta a ritenere che le altre fattispecie associative, prive

del requisito di idoneità, siano punibili anche se inidonee a raggiungere gli scopi criminosi richiesti.

La “riforma” ha poi interessato i reati di vilipendio politico e religioso, rispetto ai quali «l’insoddisfazione diviene vera e propria delusione»⁽¹⁸³⁾. Il legislatore, con l’obiettivo di circoscrivere condotte che, altrimenti, sarebbero state troppo generiche e indeterminate, ha scelto di introdurre il requisito delle “espressioni ingiuriose” come mezzo attraverso cui realizzare il vilipendio alla bandiera (artt. 292 e 299 c.p.). Così facendo, però, ha peccato di ingenuità: «se il fine può rendere comprensibile il mezzo nelle fattispecie di attentato, non altrettanto avviene per quelle di vilipendio, in relazione alle quali (...) è l’an stesso della tutela che va posto in discussione»⁽¹⁸⁴⁾. Meglio sarebbe stato, quindi, ricorrere alla completa abrogazione delle fattispecie in discorso. Peraltro, considerando che il legislatore ha scelto di sostituire in maniera generalizzata la pena detentiva con quella pecuniaria, ma nel contempo ha aggiunto un nuovo comma all’art. 292, in virtù del quale si punisce con la *reclusione fino a due anni* chiunque *danneggia* la bandiera nazionale (ma non quella estera!), si stenta davvero a cogliere il senso complessivo di queste modifiche. Infatti – come è stato acutamente osservato – «insultare veementemente in una piazza gremita la bandiera nazionale, affermando che essa è sporca del sangue di vittime innocenti, potrebbe avere, in realtà, un impatto sul pubblico anche maggiore del gesto di imbrattarla con la vernice rossa»⁽¹⁸⁵⁾. Inoltre, riferendosi alle sole “espressioni ingiuriose”, il legislatore esclude a priori la rilevanza penale di ogni gesto mimico compiuto sulla bandiera, che potrebbe riprodurre atti scabrosi recanti messaggi assai più offensivi di quelli espressi a parole.

Per quanto riguarda il vilipendio religioso, invece, il legislatore sembra essersi attenuto pienamente agli insegnamenti della Corte costituzionale: con un ritardo di quasi settant’anni dalla proclamazione dell’uguaglianza di tutte le fedi religiose (art. 19 Cost.), scompare ogni riferimento alla “religione di Stato” e ai “culti ammessi” e si appiana ogni differenza

¹⁸³ A. MASSARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, cit., p. 3863.

¹⁸⁴ A. MASSARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, cit., p. 3865.

¹⁸⁵ C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli*, cit., p. 222.

sanzionatoria originariamente prevista a seconda della confessione religiosa offesa. Resta però il problema di definire con esattezza fino a che punto si estenda la tutela penale in materia religiosa e come debba essere intesa l'inafferrabile accezione di "sentimento religioso" collettivo e individuale ⁽¹⁸⁶⁾.

Ulteriori interventi riformatori sono stati realizzati «in (dis)ordine sparso» ⁽¹⁸⁷⁾. L'opera di «sfoltimento delle fattispecie» ⁽¹⁸⁸⁾ ha interessato, in particolare, il delitto di propaganda e apologia sovversiva o antinazionale ex art. 272 c.p. (v. *infra* cap. II), già dichiarato parzialmente illegittimo dalla Corte costituzionale ⁽¹⁸⁹⁾. La stessa sorte dell'art. 272 c.p. è toccata anche all'art. 279 c.p. (lesa prerogativa della irresponsabilità del Presidente della Repubblica), nonché all'art. 269 c.p. (attività antinazionale del cittadino all'estero) e alle circostanze aggravanti di cui agli artt. 292-*bis* e 293 c.p., reati a forte impronta fascista, per la cui eliminazione «nessuno verserà una lacrima» ⁽¹⁹⁰⁾.

Infine, il legislatore è intervenuto in materia di discriminazione razziale, apportando alcuni ritocchi alle condotte punibili ai sensi dell'art. 3, l. 13 ottobre 1975 n. 654 (v. *infra* cap. IV). Precisamente, si è proceduto alla duplice sostituzione della condotta di "incitamento" con quella di "istigazione", e della condotta di "diffusione" con quella di "propaganda". Si tratta di modifiche giudicate dai più superflue e irrilevanti. Molti Autori, infatti, sono dell'avviso che «l'incitamento e l'istigazione risultino termini equivalenti nel designare una condotta diretta a sollecitare il compimento di atti di discriminazione» ⁽¹⁹¹⁾. Più significativa, invece, è sembrata la

¹⁸⁶ A tal proposito, è opportuno precisare che l'art. 404 c.p., che punisce chiunque offenda una confessione religiosa mediante vilipendio o danneggiamento di cose oggetto di culto, è stato riformulato in modo simmetrico al vilipendio della bandiera italiana.

¹⁸⁷ C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli*, cit., p. 222.

¹⁸⁸ D. NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, cit., p. 409.

¹⁸⁹ Si tratta della sentenza n. 87 del 1966, su cui si avrà modo di tornare *infra*.

¹⁹⁰ C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli*, cit., p. 222.

¹⁹¹ T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato*, cit., p. 28. Nello stesso senso si esprimono L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., 121; A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva*, cit., 138; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova 2009, p. 202; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli*, cit., p. 223. *Contra*, invece, G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. II, Roma 2007, p. 1, per il quale l'istigazione è «un'azione di spinta, di provocazione, oppure di persuasione», mentre «l'incitare si

sostituzione della condotta di “diffusione” con quella di “propaganda”, data la diversa ampiezza concettuale dei due termini. In particolare, si è detto che la diffusione «prevede un’ampia divulgazione di idee così da poter portarne a conoscenza altri, mentre la propaganda prefigura un’azione più specifica, il cui risultato è rivolto ad influire sulla psicologia e l’altrui comportamento» (192). Anche rispetto a questa seconda novella, però, non sono mancate le critiche: se la nozione di “propaganda” è più ristretta della precedente, siffatta restrizione dell’ambito di applicazione della fattispecie comporta una violazione degli impegni assunti dall’Italia con la firma della Convenzione Internazionale di New York del 7 marzo 1966 che, all’art. 4, lett. a), si propone espressamente di perseguire penalmente *ogni diffusione* di idee razziste o xenofobe (v. *infra* cap. II, par. 2.1); viceversa, se i termini in questione coincidono, la sostituzione operata dal legislatore si esaurisce in una mera modifica formale della fattispecie (193). Inoltre, a fronte della parallela abrogazione della “propaganda” ex art. 272 c.p., il ricorso al verbo “propagandare” appare ancora più irragionevole (194), conferma tangibile di un «intervento normativo scoordinato» (195), in più punti contraddittorio (v. *infra* cap. II). Sotto il profilo sanzionatorio, poi, si è provveduto ad attenuare il rigore della fattispecie ex art. 3, co. 1, lett. a), che attualmente prevede la pena alternativa della reclusione (fino a un anno) o della multa

risolve nell’esortare, spronare, stimolare a compiere qualcosa: è una fattispecie meno circoscritta dell’istigazione»; C. CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 147, per il quale la sostituzione del termine “incita” col termine “istiga” avrebbe un senso, quello cioè di «pretendere un più attivo coinvolgimento nell’attività di convincimento». L’Autore, però, si affretta ad ammettere che «questa innovazione non sembra possa avere particolari concrete conseguenze».

¹⁹² L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 203. Nello stesso senso, v. C. CITTERIO, *Discriminazione razziale*, cit., p. 156; F. SALOTTO *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione (l. 13 ottobre 1975, n. 654; l. 24 febbraio 2006, n. 85)*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 170 e ss.

¹⁹³ Così, F. PANIZZO, *Quando la propaganda politica diviene propaganda razzista*, in *Cass. pen.* 2010, p. 2353, che a sua volta richiama le osservazioni critiche prospettate da M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione*, cit., p. 959.

¹⁹⁴ Questa osservazione, assolutamente condivisibile, è di L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., 120.

¹⁹⁵ Ci si richiama volutamente al titolo dell’articolo di T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato*, cit., p. 28.

(fino a seimila euro), in luogo della sola reclusione fino a tre anni precedentemente comminata.

Alla luce di queste considerazioni, il bilancio della l. n. 85 del 2006 non può che risultare «deludente», il suo unico effetto positivo essendo stato quello di «riaprire la discussione intorno a fattispecie che continuano a porsi, in maniera del tutto inaccettabile, agli antipodi dei principi cui si ispira l'attuale diritto penale» (196). Tant'è che, di fatto, la «riforma» non ha risolto i problemi di costituzionalità dei reati di opinione, essendosi limitata soltanto a lambire – e, per di più, in modo approssimativo – un tema di ampio respiro come quello dei rapporti tra diritto penale e libertà di manifestazione del pensiero (197). Quanto alla sostituzione delle pene detentive con quelle pecuniarie, si è trattato di un mero intervento di facciata: un «contentino» alle insistenti richieste di riformare la materia, che non ha eliminato in alcun modo gli ostacoli al godimento della libertà d'espressione (198). In sostanza, le modifiche apportate dalla legge in esame – la cui definizione in termini di «legge modificatrice dei reati di opinione» è quanto mai impropria (199) – si sono rivelati scoordinati, superficiali e approssimativi: una «riforma pasticciata», realizzata da un legislatore che ha confermato «il suo tradizionale andamento bustrofedico, quello del bove all'aratro, che va e viene, alternando la direzione» (200).

La sensazione è che ci sia ancora molta strada da percorrere prima di giungere ad una *reale* riforma dei reati di opinione, priva di connotazioni politiche (201) e finalizzata esclusivamente a garantire la piena emancipazione della libertà d'espressione da ogni rischio penale.

¹⁹⁶ A. MASSARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, cit., p. 3865.

¹⁹⁷ Così si esprime C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli*, cit., p. 223.

¹⁹⁸ R. PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione*, cit., p. 716, secondo il quale «la semplice sostituzione di una pena detentiva con una pena pecuniaria (...) non elimina la sussistenza di illegittimi ostacoli al libero esercizio della libertà di manifestazione del pensiero».

¹⁹⁹ A. CLEMENTE, *Modifiche al c.p. in materia di reati di opinione*, cit., p. 33, per il quale «la legge in esame si occupa solo in minima parte dei reati di opinione ed impropriamente è stata definita come legge che modifica i reati di opinione».

²⁰⁰ C. NORDIO, *Reati d'opinione: occasione persa*, cit., p. 9.

²⁰¹ La forte connotazione politica di questa riforma è stata messa in luce da D. PULITANÒ, *Riforma dei reati d'opinione?*, cit., p. 746, per il quale «la novella leghista del 2006» si è posta «in un'ottica fortemente selettiva, segnata da contingenti interessi politici, al di fuori di una visione d'insieme». È dello stesso avviso C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli*, cit., p. 223, per il quale in questa riforma «priva di una

3.5. La decisione 2008/913/GAI: un passo indietro nel processo di eliminazione dei reati di opinione dal nostro ordinamento.

Se il legislatore nazionale si era riproposto – seppur con scarsi risultati – di cancellare i reati di opinione, il legislatore comunitario ha rimescolato le carte, andando in una direzione completamente opposta rispetto a quella della l. n. 85 del 2006.

La decisione quadro del Consiglio del 28 novembre 2008 sulla lotta a talune forme di razzismo e xenofobia, dopo anni di intensi dibattiti e negoziazioni ⁽²⁰²⁾, si prefissa l'ambizioso obiettivo di addivenire ad un bilanciamento tra il diritto di pensiero e di parola e altri beni di egual rango, primo fra tutti la dignità umana. In particolare, la decisione prevede che ciascuno Stato membro adotti le misure necessarie per punire l'istigazione alla violenza e all'odio razziale (art. 1.1, lett. a), realizzata anche mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale (art. 1.1, lett. b), nonché l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità, dei crimini di guerra *ex artt.* 6, 7, 8 dello Statuto della Corte penale internazionale (art. 1.1, lett. c) e dei crimini definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945 (art. 1.1, lett. d), sempreché tali comportamenti siano posti in essere in modo da istigare alla violenza o all'odio razziale.

Se, in generale, l'opera di adeguamento del diritto interno alle prescrizioni comunitarie non è sempre facile, l'implementazione della decisione quadro in esame è risultata ancora più complicata del previsto, «implicando un intreccio di valutazioni di ordine politico, sociale, criminale, intimamente legate

strategia di fondo (...) l'unica linea politica che sembrerebbe aver realmente dominato è quella di prestare un riparo indulgenzialista a ben specifiche vicende giudiziarie». Il riferimento – esplicitato da D. PULITANÒ, *Riforma dei reati d'opinione?*, cit., p. 746 – è ad una sentenza di condanna del Tribunale di Verona (2 dicembre 2004) nei confronti di alcuni esponenti della Lega Nord, su cui si avrà modo di tornare *infra*.

²⁰² Per una cronistoria del «tormentato cammino verso la decisione quadro del Consiglio», v. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 37 e ss. La prima proposta di decisione quadro risale al 2003. In questa occasione, però, pur avendo effettuato un esame approfondito del progetto, il Consiglio GAI non raggiunse alcun accordo sulla proposta iniziale. Si dovette dunque attendere il 2005, anno in cui fu presentata la nuova versione della proposta, la cui natura fortemente «compromissoria» aveva creato molte aspettative. Ma neppure questa volta il processo ebbe esito positivo. Solo nel 2007, grazie al semestre di presidenza tedesca, si registra una concreta accelerazione verso l'adozione di un testo comune. Il lungo e travagliato *iter* si conclude il 28 novembre 2008, anno in cui viene adottata la decisione quadro in discorso.

all'identità storico-culturale di ogni nazione» (203). Esaminata la complessità delle problematiche orbitanti attorno alla categoria dei reati di opinione nel solo ordinamento italiano, l'impressione è che con questa decisione quadro il legislatore comunitario pecchi di presunzione, avendo la pretesa di uniformare tra loro i più disparati orientamenti assunti dagli Stati membri in una materia così delicata come quella dei rapporti tra libertà di manifestazione del pensiero e diritto penale.

I problemi maggiori si riscontrano rispetto alle fattispecie di apologia, negazione e minimizzazione dei crimini *sub lett. c) e d)*. L'esclusione dal testo normativo di ogni riferimento ai crimini commessi dal regime comunista – come invece auspicato dagli Stati membri appartenenti all'ex blocco sovietico (204) – ha evidenziato le molte difficoltà connesse al raggiungimento di un comune punto di equilibrio sull'uso dello strumento penale rispetto a fenomeni quali il razzismo e la xenofobia, i cui riflessi storici, politici e sociali sono innegabili. In proposito, si ritiene che i crimini *sub lett. d)* – cui, peraltro, è stata riservata un'apposita previsione, quando invece avrebbero potuto essere ricondotti *sub lett. c)* (205) – non siano altro che quelli previsti dalle norme varate, a suo tempo, dalle Potenze vincitrici della Seconda guerra mondiale, “per il giudizio e la punizione dei grandi criminali di guerra dei Paesi europei dell'Asse”. Ora, non è una novità che la storia – e, in questo caso, anche le leggi – siano scritte dai vincitori. Ben si comprendono, quindi, le preoccupazioni degli Stati membri dell'ex U.R.S.S.: in mancanza di espressi riferimenti al riguardo, si potrebbero tranquillamente negare o minimizzare i più immani eccidi del ventesimo secolo, come quelli di milioni di *kulaki* in Russia e in Ucraina, e di altrettanti intellettuali e contadini in Cina ad opera

²⁰³ C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen e proc.* 2009, p. 645.

²⁰⁴ Significativa, in merito, è la dichiarazione della Lettonia sui crimini del regime totalitario comunista in aggiunta alla dichiarazione del Consiglio, allegata al processo verbale del consiglio GAI del 28 novembre (1635/1/08 REV 1).

²⁰⁵ Così F.M. AGNOLI, *La decisione quadro 913/2008 GAI e la libertà di espressione*, in C. MOFFA (a cura di), *La polizia del pensiero. Ricerca storica, insegnamento, libertà di opinione*, internet: *le frontiere del nuovo totalitarismo nell'Europa democratica*, Bologna 2009, p. 63, per il quale quella operata dalla lett. *d)* è «una distinzione introdotta dove non vi è ragione di distinguere». Questa osservazione è condivisa anche da L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 48.

dei regimi comunisti ⁽²⁰⁶⁾. Ci sarebbero, quindi, genocidi di serie A (quelli espressamente richiamati dalla decisione quadro) e genocidi di serie B (che il testo della decisione non menziona). Nel contempo, però, si è osservato che l'art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga «include nella categoria dei crimini contro l'umanità gli atti inumani ai danni di una *qualsiasi* popolazione civile e le persecuzioni per “motivi politici”, oltre che “razziali e religiosi”, nelle quali categorie possono certamente rientrare, in quanto anche politicamente motivati, gli stermini russi e cinesi» ⁽²⁰⁷⁾. Questa lettura appare senz'altro convincente, ma un richiamo espresso anche a *quei* crimini non avrebbe guastato. Meglio ancora sarebbe stato parlare in generale di “crimini contro l'umanità”, omettendo ogni riferimento normativo di parte.

Peraltro, quello poc'anzi esaminato non è l'unico nodo problematico della decisione quadro. Essa, infatti, è stata ampiamente criticata anche sotto il profilo della determinatezza. L'impiego di «termini a basso livello di precisione normativa» ⁽²⁰⁸⁾, «estranei alla puntualità del linguaggio giuridico» ⁽²⁰⁹⁾, ha certamente contribuito ad ostacolare un'interpretazione conforme della decisione, rallentandone l'implementazione nei vari ordinamenti nazionali. Si pensi, ad esempio all'aggettivo “grossolana”: un'interpretazione letterale della disposizione consentirebbe di riferire il requisito della grossolanità alla sola minimizzazione, poiché per rapportarlo anche alla negazione si sarebbe dovuto usare il plurale “grossolane”. Senonché, risulta difficile comprendere la *ratio* di una simile diversità di disciplina ⁽²¹⁰⁾. In ogni caso, al di là di questa incongruenza, è controverso quale sia la corretta interpretazione da attribuire allo stesso aggettivo, nonché ai termini “diffusione”, “ordine pubblico”, “comportamenti offensivi” che, proiettati in una dimensione europea, «rischiano di accentuare (...) i noti “vizi” di eccessiva genericità e

²⁰⁶ Così si esprime M. MELLINI, *A dir bene di Carlo Magno si andrà in galera*, in *Giustizia giusta*, 18 dicembre 2008, il quale osserva che, «batti e ribatti, il delitto di “falso storiografico in genocidio” è diventato norma europea. Ma negare i genocidi non sempre sarà reato. Ci saranno genocidi e genocidi. Non sarà reato affermare che i milioni di contadini russi, andati all'altro mondo ai tempi di Stalin, sono morti tutti per aver bevuto troppa vodka e che non furono sterminati dal regime comunista».

²⁰⁷ F.M. AGNOLI, *Libertà di opinione e decisione quadro 2008/913/GAI*, in *www.21e33.it*, 1 gennaio 2009 (pubblicato dal gruppo di informazione e denuncia in difesa degli artt. 21 e 33 Cost.).

²⁰⁸ C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/GAI*, cit., p. 648.

²⁰⁹ F.M. AGNOLI, *Libertà di opinione e decisione quadro 2008/913/GAI*, cit.

²¹⁰ L'incongruenza è rilevata da F.M. AGNOLI, *Libertà di opinione e decisione quadro 2008/913/GAI*, cit.

indeterminatezza scontati, sul piano nazionale, dalle normative afferenti ai reati di opinione, oltre che di accentuare le differenze legislative tra gli Stati»⁽²¹¹⁾.

Ulteriori perplessità sono date dal fatto che le lett. *c)* e *d)* puniscono l'apologia, la negazione o la minimizzazione dei crimini suddetti, "quando [tali] comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio" nei confronti di un gruppo etnico o di un suo membro. Orbene, «non si comprende appieno quale sia la fattispecie che realmente si vuole colpire, apparendo il disposto contorto e confuso»⁽²¹²⁾. Infatti, se può ritenersi che nell'apologia di crimini sia in qualche misura implicito l'invito a ripeterli, non altrettanto può dirsi per la loro negazione o minimizzazione. Negare lo sterminio degli ebrei, ad esempio, non significa necessariamente istigare alla violenza e all'odio nei loro confronti. Così come è perfettamente possibile rispettare ebrei ed armeni e tuttavia essere convinti che nazisti e giovani turchi non ne abbiano programmato il genocidio⁽²¹³⁾. Il che, peraltro, è riconosciuto anche dalla stessa decisione quadro che, per la punibilità di tali comportamenti, esige un *quid pluris*, vale a dire che siano posti in essere "in modo atto ad istigare all'odio o alla violenza". Ma allora l'intero contenuto delle lett. *c)* e *d)* diviene superfluo, le condotte ivi descritte potendo rientrare a pieno titolo fra quelle più genericamente individuate dalle due lettere precedenti⁽²¹⁴⁾. Inoltre, assimilando i comportamenti apologetici, negatori e minimizzatori a quelli istigatori, e imponendo agli Stati di sanzionare l'istigazione all'apologia, al diniego e alla banalizzazione dei suddetti crimini, la decisione quadro finisce per incriminare una sorta di "istigazione alla istigazione", che si traduce in un'eccessiva anticipazione della soglia di attività punibile: esattamente ciò che il legislatore nazionale del 2006 aveva inteso evitare, introducendo il requisito dell'idoneità degli atti nei delitti di attentato. Questa, peraltro, non è la sola asimmetria rilevabile tra la normativa comunitaria e la disciplina nazionale.

²¹¹ C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/GAI*, cit., p. 651.

²¹² L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 48.

²¹³ Così F.M. AGNOLI, *Libertà di opinione e decisione quadro 2008/913/GAI*, cit.

²¹⁴ F.M. AGNOLI, *Libertà di opinione e decisione quadro 2008/913/GAI*, cit.; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 48. *Contra*, invece, C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/GAI*, cit., p. 648, per la quale l'espressa subordinazione della illiceità della condotta meramente apologetica alla integrazione degli estremi di un comportamento istigatorio sarebbe pienamente giustificata dalla volontà – più volte manifestata dalla nostra giurisprudenza costituzionale – di recuperare la sfera offensiva e materiale di questo discusso illecito.

Le maggiori discrepanze si ravvisano nella disciplina nazionale anti-razzismo, la cui piattaforma incriminatrice è stata parzialmente ridotta dalla l. n. 85 del 2006, che ha operato una maggiore specificazione delle condotte punibili e ha abbassato il livello sanzionatorio di talune fattispecie. A titolo esemplificativo, si pensi al novellato art. 3, comma 1, lett. *a*) della l. n. 654 del 1975, che attualmente punisce la propaganda e l'istigazione a commettere atti discriminatori con la pena alternativa della reclusione o della multa. Ciò detto, la possibilità qui accordata di comminare la sola pena pecuniaria si pone in contrasto con le prescrizioni europee, che obbligano gli Stati a sanzionare i c.d. reati razzisti mediante la sola pena detentiva (art. 3.2). Ancora più «scottante» ⁽²¹⁵⁾ è la questione riguardante la punibilità delle condotte negazioniste, fortemente avversata dall'Italia. Una proposta in tal senso, infatti, era già stata avanzata nel 2007 dall'allora Ministro della Giustizia Mastella ⁽²¹⁶⁾, ma le reazioni (politiche e non) contrarie all'introduzione di tali fattispecie furono talmente forti da impedirne l'inserimento in un disegno di legge (v. *infra* cap. V, par. 3.1.e 3.2). A sostegno della sua irremovibile posizione in tema di negazionismo, l'Italia potrà comunque invocare l'art. 1.2 della decisione quadro che, in deroga all'obbligo comunitario, prevede che «gli Stati membri poss[a]no decidere di rendere punibili *soltanto* i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi». Nonostante questa piccola «via di fuga», però, l'impressione generale è che la disciplina comunitaria voglia «obbliga[re] l'ordinamento italiano ad un parziale «ritorno al passato»» ⁽²¹⁷⁾, sottovalutando l'impatto di certe vicende storiche sulle dinamiche politico-sociali del nostro Paese e vanificando tutti gli sforzi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza per adeguare la legislazione ordinaria ai principi sanciti dalla Costituzione.

²¹⁵ C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/GAI*, cit., p. 653.

²¹⁶ V., sul punto, D. PULITANÒ, *Sulla legittimità dei reati d'opinione nella proposta Mastella*, in *Quaderni cost.* 2007, p. 371. L'On. Mastella avrebbe voluto ripristinare il testo originario dell'art. 3, co. 1, lett. *a*) e *b*) della c.d. legge Mancino, modificato solo l'anno prima dalla l. n. 85 del 2006. Se la proposta fosse stata accolta, il legislatore avrebbe dimostrato per l'ennesima volta di essere affetto da «schizofrenia»: sarebbe infatti tornato ad incriminare la diffusione (invece della propaganda) di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, e l'incitamento (anziché l'istigazione) ad atti di discriminazione o di violenza, ripristinando la sola pena detentiva (precedentemente sostituita da quella pecuniaria), con quell'andamento altalenante e «bustrofedico» (C. NORDIO, *Reati d'opinione: occasione persa*, cit., p. 9) che sovente caratterizza il suo operato.

²¹⁷ C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/GAI*, cit., p. 648.

CAPITOLO SECONDO

PAROLE CHE DIFFONDONO IDEE SOVVERSIVE E MESSAGGI D'ODIO *LA PROPAGANDA*

SOMMARIO: 1. La propaganda sovversiva o antinazionale (art. 272 c.p.) e il lungo cammino verso la sua abrogazione. – 1.1. Dubbi di legittimità costituzionale. – 1.2. La Corte costituzionale salva il primo comma dell'art. 272 c.p. – 1.3. *Segue*:e interviene (timidamente) sul secondo comma. – 1.4. La provvidenziale abrogazione dell'art. 272 c.p. ad opera della l. n. 85 del 2006. – 2. La propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico (art. 3, co. 1, lett. *a*), l. n. 654 del 13 ottobre 1975). – a) Il bene giuridico tutelato. – b) L'offensività del fatto. – c) L'indeterminatezza della fattispecie. – 2.1. La controversa modifica introdotta dalla l. n. 85 del 2006. – 2.2. Problemi applicativi e spunti di diritto comparato. Il caso Ruanda e le decisioni del Tribunale Penale Internazionale. – a) La sentenza di primo grado. – b) Il giudizio d'appello. – 2.3. Sull'opportunità di mantenere la previsione normativa *de qua* nel nostro ordinamento.

1. La propaganda sovversiva o antinazionale (art. 272 c.p.) e il lungo cammino verso la sua abrogazione.

La propaganda si esaurisce nella «semplice espressione pubblica del proprio pensiero circa idee e dottrine, con la sola intenzione di diffondere le medesime» ⁽²¹⁸⁾. Volendo stilare una “classifica” dei reati di opinione, che tenga conto della carica offensiva di ciascuno di essi, si potrebbe dire che la propaganda occupa la posizione più bassa, non ravvisandosi in tale condotta alcuna proiezione intenzionalmente orientata verso la commissione di un reato. Trattandosi di «un discorso “intorno a...” che

²¹⁸ G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, cit. p. 1.

tende a fare proseliti»⁽²¹⁹⁾ e che non arriva alla soglia dell'azione punibile – al limite, cioè, che coincide con l'istigazione – la propaganda resta per l'appunto «soltanto un discorso»⁽²²⁰⁾, la cui punibilità si pone in contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero. Da qui la necessità di espungere dall'ordinamento una simile figura delittuosa, tanto cara al regime fascista, poiché strumentale alla repressione del dissenso politico⁽²²¹⁾, ma altrettanto obsoleta rispetto all'odierno sistema di valori tracciato dalla Costituzione. Eppure, la strada da percorrere per giungere all'abrogazione della propaganda si è rivelata impervia e piena di insidie, oltre che molto lunga. Nonostante i manifesti dubbi di legittimità costituzionale sollevati dall'art. 272 c.p., il Giudice delle leggi ha mantenuto un atteggiamento fortemente conservatore nei confronti della fattispecie *de qua*, convinto che questa fosse indispensabile alla tutela dell'ordine pubblico e della legalità democratica. Seppur con qualche parziale «ritocco», la propaganda sovversiva o antinazionale è così sopravvissuta alle critiche della dottrina fino al 2006, anno in cui è stata definitivamente espunta dal codice ad opera della suddetta legge di «riforma» dei reati di opinione (v. *supra* cap. I, par. 3.4). A dirla tutta, però, l'impressione è che si sia trattato di un intervento abrogativo solo «fittizio», considerata la contestuale introduzione del delitto di *propaganda* di idee razziste all'art. 3, co. 1, lett. a), l. n. 654 del 13 ottobre 1975 (v. *infra* par. 2). Dismessa dal codice, sembra proprio che la propaganda sia stata «riciclata» dalla legislazione speciale, quasi che il nostro ordinamento non riuscisse a privarsene del tutto.

²¹⁹ C. FIORE, *I reati di opinione*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 2002, vol. II, p. 16.

²²⁰ C. FIORE, *I reati di opinione*, op. ult. cit., p. 16.

²²¹ La portata applicativa della fattispecie di propaganda era così estesa da ricomprendere anche la comunicazione individuale e privata. Una conferma in tal senso proviene anche dalla *Relazione del Guardasigilli sul progetto definitivo*, II, in *Lav. prep.*, vol. V, p. 57, in cui si legge che «l'apologia e la propaganda sovversiva saranno punibili anche se commesse in privato».

1.1. Dubbi di legittimità costituzionale.

Durante una lezione sugli artt. 270 e 272 c.p., Arturo Rocco ammetteva candidamente, dinnanzi ai propri studenti, che queste disposizioni gli erano costate una certa fatica, «perché si trattava di ridurre in termini astratti la repressione di ben concreti ed esistenti movimenti politici» (222). In particolare, con l'art. 272 c.p. il legislatore aveva inteso riferirsi alla propaganda sovversiva e antinazionale promossa da certi gruppi politici, liberamente operanti nel periodo prefascista e confluiti in partiti dopo la caduta del regime: i comunisti, i bolscevichi, i socialisti e gli anarchici, le cui attività propagandistiche erano rispettivamente dirette a “stabilire violentemente la dittatura di una classe sociale sulle altre”, a “sopprimere violentemente una classe sociale”, a “sovertire violentemente gli ordinamenti economici e sociali costituiti nello Stato” e a distruggere “ogni ordinamento politico e giuridico della società”. La *ratio* storica di questa disposizione era perciò facilmente intuibile e si sostanzialmente nella necessità di raggiungere le peculiari finalità del trascorso regime, prima fra tutte quella di reprimere ogni forma di opposizione politica, in quanto potenzialmente capace di minare la stabilità e la supremazia del partito unico fascista.

La caduta del fascismo e l'avvento della Costituzione hanno fatto venir meno questa esigenza. Il principio del pluripartitismo, sancito all'art. 49 della Carta costituzionale, consente a *tutti* i cittadini di associarsi liberamente in partiti, per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale. Ed è proprio questa disparità di opinioni politiche che consente all'ordinamento democratico di nutrire le proprie strutture e articolazioni (223). Premesso che l'ordinamento democratico vive del confronto ideologico, che a sua volta presuppone la libertà di espressione e di pensiero (art. 21 Cost.), limitare tale libertà – come voleva fare l'art. 272 c.p. – significherebbe sovvertire l'ordinamento medesimo, ottenendo proprio ciò che, invece, si vuole evitare. È quindi lo stesso concetto di democrazia ad escludere la possibilità di reprimere la propaganda delle forze che si oppongono al sistema, con ciò dovendosi concludere per l'ammissibilità di una propaganda eversiva, seppur nei soli

²²² Le parole di Arturo Rocco sono riprese da G. VASSALLI, *Propaganda “sovversiva” e sentimento nazionale*, in *Giur. cost.* 1966, p. 1097.

²²³ Questo pensiero è espresso da C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto* 1967, p. 361.

limiti in cui essa tenda a conquistare democraticamente la maggioranza, e non anche quando sia diretta a realizzare azioni violente (224). Del resto, «se la garanzia di cui all'art. 21 Cost. ha un senso, lo ha soprattutto ai fini della propaganda» (225), la cui piena identificazione con la manifestazione del pensiero è confermata sia dall'art. 19 Cost., dove la libertà di propaganda religiosa non è altro che una specificazione settoriale dell'art. 21 Cost., sia dall'art. 266 c.p., che parifica la stampa ad «ogni altro mezzo di propaganda» (226). Queste considerazioni trovano ulteriore conferma nella natura non omogenea (o antagonistica) del nostro ordinamento, alla cui base vi è un accordo iniziale tra le varie parti politiche – un «compromesso» storico e istituzionale, per usare le parole di Calamandrei (227) – teso a garantire una pacifica convivenza tra le ideologie più disparate. E proprio perché vi è stato un compromesso, non si può impedire alle parti di essere se stesse, di rinunciare cioè a quelle caratteristiche da cui ha origine il contrasto politico con le altre parti. Ne deriva che «ciascuna parte deve necessariamente conservare la libertà della espressione e della propaganda, sia delle proprie finalità, sia dei mezzi che si ritengono (...) più idonei al raggiungimento di tali finalità» (228).

Oltre a porsi in evidente contrasto con gli artt. 49 e 21 Cost. – nonché con l'art. 2 Cost. che, riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, si pone come necessaria premessa per l'applicazione dell'art. 21 Cost. – l'art. 272 c.p. disattende anche il fondamentale principio di offensività del fatto. Ciò si evince in primo luogo dalla Relazione al progetto definitivo, che specifica come

²²⁴ Così si esprime A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, cit., p. 1194, il quale precisa che «una democrazia, per essere realmente tale, deve fondarsi su di una sfida permanente alle forze che la negano».

²²⁵ G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in *Democrazia e diritto* 1966, p. 485.

²²⁶ L'identificazione tra propaganda e libertà di manifestazione del pensiero è sostenuta, oltre che da G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, cit., p. 485, anche da S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, cit., p. 344, per il quale la distinzione tra i due concetti non sarebbe trasferibile sul piano giuridico, ai fini, soprattutto, dell'art. 21 Cost. *Contra*, invece, NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano 1953, che accorda una minor protezione alla propaganda, giungendo di conseguenza ad assolvere l'art. 272 c.p.

²²⁷ P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi alla Costituzione e ai suoi lavori*, in P. CALAMANDREI – A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze 1950, I, p. XXXV, parla di «Costituzione tripartita», ossia di «compromesso» tra democristiani, socialisti e comunisti. «Per compensare le forze di sinistra di una rivoluzione mancata» – osserva il giurista – «le forze di destra non si opposero ad accogliere nella Costituzione una rivoluzione promessa».

²²⁸ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 102.

le associazioni politiche in questione siano «*soltanto* quelle che limitano la loro attività alla *diffusione* delle idee, cioè all'*affermazione teorica* degli obiettivi politici che costituiscono il loro programma», mentre «qualora dette associazioni avessero di mira anche l'*attuazione* dei loro programmi, esse costituirebbero o si trasformerebbero (...) in altre forme associative» ⁽²²⁹⁾, dandosi così luogo ad altri (e ben più gravi) titoli di reato. L'art. 272 c.p., dunque, non richiede né un "cominciamento" dell'azione, né un pericolo effettivo per la tenuta dell'ordinamento costituito, e si riduce ad un mero illecito di disobbedienza, potenzialmente idoneo a sanzionare anche la manifestazione di idee innocue. Prescindendo dall'esistenza di una serie di requisiti costituzionalmente essenziali, la norma penale diventa fonte di diseguaglianze, in quanto consente di trattare in modo uguale situazioni completamente diverse. A titolo esemplificativo, un'attenta dottrina ha osservato che, «dal punto di vista dell'art. 272 c.p., (...) il caso dell'anarchico isolato il quale, in una pubblica piazza e sotto l'occhio incuriosito di una piccola folla, propagandi attivamente la distruzione di ogni ordine sociale, è in tutto *uguale* a quello dei dimostranti fascisti i quali, in un clima quale poté aversi il 27 ottobre 1923, propagandino su tutte le piazza d'Italia e di fronte ad ascoltatori eccitati, lo scioglimento dei partiti di sinistra, la soppressione del Parlamento o simili» ⁽²³⁰⁾. Le due situazioni sopra descritte sono profondamente diverse tra loro, in quanto nella prima non è dato ravvisarsi alcun pericolo per l'ordinamento costituito, mentre nella seconda il pericolo sussiste. Eppure, stando all'art. 272 c.p., si tratterebbe di una differenza di poco conto: l'agente dovrebbe essere condannato in ogni caso, per il solo fatto di aver diffuso idee sovversive. Il che implicherebbe, tra l'altro, l'inaccettabile identificazione dei principi costituzionali con quelli ideologici di questa o di quell'altra parte politica.

L'art. 272 c.p., quindi, era da considerarsi "doppiamente" illegittimo: non solo limitava la libertà di manifestazione del pensiero, ma la limitava prescindendo dall'esistenza di qualsivoglia pericolo. Tant'è che il progetto governativo del 1965 avanzò la proposta di abrogare tale previsione normativa. Successivamente, il progetto Gonella la modificò in "propaganda diretta a mutare *violentemente* l'ordinamento costituzionale". Questo secondo tentativo di riforma, lodevole perché finalizzato a conferire maggior offensività alla

²²⁹ *Relazione del Guardasigilli sul progetto definitivo*, cit., p. 51.

²³⁰ G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, cit., p. 491.

fattispecie, fu però criticato da Vassalli, il quale osservava acutamente come «anche se modificata nel suo tenore, [la disposizione] servirebbe agli stessi scopi per i quali era stata esplicitamente eliminata; infatti, (...) si potrebbe benissimo applicare ai movimenti socialisti, cui si potrebbe attribuire il fine istituzionale di voler operare per “mutare violentemente l’ordinamento costituzionale dello Stato”»⁽²³¹⁾. Da ultimo, fu constatato che l’art. 272 c.p. non aveva motivo di esistere come punizione di un reato autonomo, in quanto o le fattispecie ivi contemplate rientravano in quelle già previste dai primi due commi dell’art. 414 c.p. (istigazione a delinquere e apologia di reati) oppure non si vedeva come le relative condotte potessero essere vietate, tenuto conto dell’art. 21 Cost. in tema di libertà di pensiero⁽²³²⁾. In definitiva, le critiche all’art. 272 c.p. provenivano da più fronti e investivano la fattispecie sotto diversi profili. Passando in rassegna le opinioni dottrinali dell’epoca, si ha la percezione che l’abrogazione dell’art. 272 c.p. fosse ormai cosa fatta. Ma così non fu.

1.2. La Corte costituzionale salva il primo comma dell’art. 272 c.p.

Con ordinanza del 20 gennaio 1965, la Corte d’assise di Modena, facendo propri gli argomenti prospettati da una dottrina piuttosto compatta, solleva questione di legittimità costituzionale dell’art. 272 c.p. in riferimento agli artt. 2 e 21 Cost.

Il Giudice delle leggi, dopo aver precisato che l’art. 272 c.p. si articola in tre distinte ipotesi criminose⁽²³³⁾, assume una decisione a dir poco deludente (sent. n. 87 del 1966)⁽²³⁴⁾, che sottovaluta l’impatto dei principi costituzionali sull’ordinamento e prescinde *in toto* dall’origine storica della norma in oggetto. La Corte arriva addirittura a sostenere che l’art. 272 c.p. non esprime peculiari finalità del passato regime, bensì obiettive esigenze dello Stato, a tutela della

²³¹ V. PLUMITALLO, *Normativa sui reati di opinione*, cit., p. 230.

²³² Così si esprimeva l’On. Fracanzani nella sua proposta di legge.

²³³ Le ipotesi criminose contemplate dall’art. 272 c.p. sono tre: la propaganda per l’instaurazione violenta della dittatura, o per la soppressione violenta di una classe sociale, o per il sovvertimento violento degli ordinamenti sociali ed economici costituiti nello Stato, o per la distruzione di ogni ordinamento politico e giuridico della società; la propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale; l’apologia dei fatti sopraindicati.

²³⁴ C. cost., sent. n. 87 del 22 giugno 1966, consultabile su www.cortecostituzionale.it.

sua personalità e contro il sovvertimento violento degli ordinamenti economici, sociali e politici. Del resto – prosegue la Corte – «l'origine e la *ratio* iniziale di una disposizione non possono considerarsi decisive per un'esatta interpretazione nell'ambito del sistema, dal momento che, quali che siano il tempo e l'occasione che le hanno dato vita, la norma va esaminata nella sua obiettiva struttura ed interpretata nella sua reale portata» (235). Queste considerazioni disorientano (e non poco) lo studioso di diritto, che sa di dover interpretare una disposizione *anche* alla luce dell'intenzione del legislatore storico. Sottovalutando questa prospettiva, invece, la Corte incappa in un errore piuttosto grave: «quello di pensare che disposizioni così chiaramente individuate come dirette contro determinati partiti possano essere trapiantate, *mutatis mutandi*, in un ordinamento che *quei* partiti ammette» (236). Ritenendo che norme di questo tipo, nate in un determinato contesto politico, possano essere innestate in un ordinamento radicalmente diverso, i Giudici costituzionali dimostrano di non saper adeguare il diritto vivente ai mutamenti storico-politici connaturati ad ogni società; e, così facendo, «esaspera[no] fino al paradosso (237) l'idea di una struttura obiettiva del diritto vigente e l'altra, del tutto irreal e antistorica, di una inalterabile neutralità della norma

²³⁵ C. cost., sent. n. 87 del 22 giugno 1966, cit.

²³⁶ G. VASSALLI, *Propaganda "sovversiva" e sentimento nazionale*, cit., p. 1101, per il quale il legislatore «non avrebbe mai immaginato che vent'anni dopo i giudici della Cassazione avrebbero scoperto che quelle norme esprimevano "non peculiari finalità del passato regime, ma obiettive esigenze dello Stato" e, meno ancora, che trent'anni dopo i Giudici costituzionali dell'Italia democratica avrebbero colto proprio quegli esempi per affermare (ancora una volta!...) il principio secondo cui (...) "la norma va esaminata nella sua obiettiva struttura ed interpretata nella sua reale portata"». Negli stessi termini si esprimono C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 102, secondo il quale «era il caso di riconoscere queste disposizioni per ciò che esse sono, e cioè norme dirette contro l'attività di ben individuati movimenti politici»; G. BETTIOL, *Il problema penale* [Palermo 1948], ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Padova 1980, p. 687, il quale ritiene che «senza la comprensione del clima politico e del momento storico nel quale si trova ad operare il sistema legislativo penale non se ne può spiegare completamente il valore, non si può capire la portata della giurisprudenza, non si percepisce il senso delle evoluzioni dottrinali»; G. BRUNELLI, *Considerazioni sul primo annullamento di un reato associativo*, in *Giur. cost.* 1985, I, p. 2665. *Contra*, invece, S. BERLINGÒ, *Libertà di "religione" e "diritto" di vilipendio*, in *Il dir. eccles.* 1975, I, p. 201; P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo 1954; P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., i quali rifiutano il criterio della *ratio* storica della disposizione e, aderendo alla posizione assunta dalla Corte, ritengono che gli artt. 270 e 272 c.p. non siano stati toccati dall'entrata in vigore della Costituzione.

²³⁷ Cass. pen., sez. I, 15 gennaio 1969, in *Cass. pen. mass.* 1970, p. 814, è arrivata persino ad affermare che l'art. 272 c.p. può egregiamente servire alla tutela di uno Stato comunista.

giuridica, rispetto al sistema di dominio di cui costituì un cosciente strumento» (238).

Peraltro, anche volendo avallare la tesi della Corte, viene da chiedersi a quali partiti sarebbe oggi riferibile l'art. 272 c.p.: esclusa l'applicabilità di questa disposizione alla propaganda di idee socialiste, comuniste e anarchiche, sarebbe seriamente sostenibile la sua configurabilità rispetto ad altri movimenti e ad altre propagande? (239) La risposta a questo interrogativo non può che essere negativa, posto che per le norme penali incriminatrici vige il divieto di analogia (240). Ne consegue che l'art. 272 c.p. può colpire i soli movimenti per i quali era stato pensato, vale a dire i movimenti anarchici, socialisti, comunisti, oggi iscritti a pieno titolo «nell'arcobaleno autorizzato dall'art. 49 Cost.» (241). E questo perché – a riprova di quanto già detto – «qualche volta l'origine delle norme conta ancora nell'interpretazione di esse, e norme politiche create in una determinata epoca più non si prestano ad essere applicate in una situazione politica e costituzionale radicalmente mutata» (242). Se la Corte fosse stata meno miope e avesse preso in considerazione anche l'origine storica dell'art. 272 c.p., avrebbe avuto l'indiscutibile conferma di come tale disposizione non fosse nient'altro che «uno dei numerosi rottami superstiti del naufragio fascista» (243). Ma così non è stato, e i Giudici costituzionali si sono prodigati in ogni modo per salvare questa previsione ormai obsoleta, fino ad assegnarle l'ufficio di tutelare l'ordine pubblico, qui inteso come «l'ordine economico, rispetto al diritto al lavoro, alla organizzazione sindacale, alla iniziativa economica privata, alla proprietà, ecc..» (244). Sennonché, il riferimento a questo concetto si è rivelato subito

238 C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 102.

239 G. VASSALLI, *Propaganda "sovversiva" e sentimento nazionale*, cit., p. 1102 si pone molte domande (retoriche) di questo tipo. In particolare, si chiede se la Corte costituzionale possa «considerare vigenti ed applicabili oggi le norme dettate dal legislatore fascista contro partiti prefascisti disciolti e poi risorti...»; se possa «seriamente pensare che quelle stesse norme possano oggi servire (...) contro movimenti o propagande antidemocratiche e antirepubblicane»; e infine se «non sarebbe stato più giusto dire che l'art. 272 primo ed ultimo comma (...) erano stati emanati per situazioni completamente diverse ed appartenenti al passato remoto della nostra storia».

240 Lo stesso Manzini lo ricorda proprio con riferimento all'art. 272 c.p., di cui esclude l'applicabilità alla propaganda repubblicana (del tempo).

241 G. VASSALLI, *Propaganda "sovversiva" e sentimento nazionale*, cit., p. 1102.

242 G. VASSALLI, *Propaganda "sovversiva" e sentimento nazionale*, cit., p. 1102.

243 G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, cit., p. 486.

244 C. cost., sent. n. 87 del 22 giugno 1966, cit.

«improprio» ⁽²⁴⁵⁾, oltre che sovrabbondante, e ha contribuito ad evidenziare l'incompatibilità dell'art. 272 c.p. con l'ordinamento democratico. Infatti, laddove al singolo fosse impedito di prendere apertamente posizione contro lo *status quo* – parola che sintetizza il riferimento agli ordinamenti politici, sociali ed economici costituiti nello Stato – la libertà di espressione in materia politica ne uscirebbe inevitabilmente compromessa. Neppure il riferimento alla necessità di tutelare la legalità democratica è servito a giustificare la permanenza dell'art. 272 c.p. nel nostro ordinamento. Il codice penale, infatti, contempla già numerose disposizioni (artt. 238, 284-289, 294, 302-302, 306, 415 c.p.) che, nel loro complesso, ben valgono a sanzionare non solo l'attacco alle istituzioni statali, ma anche la più remota preparazione di un tale attacco ⁽²⁴⁶⁾. Più che alla difesa dello Stato e dell'ordine giuridico, quindi, il divieto di propaganda mira alla difesa “ad oltranza” di un regime politico e sociale ormai superato, ed è dunque ipotizzabile solo nell'ambito di un sistema non democratico ⁽²⁴⁷⁾.

Nel prosieguo della decisione, poi, la Corte fa un «inammissibile salto logico» ⁽²⁴⁸⁾: premettendo che la propaganda non può identificarsi con la mera manifestazione del pensiero, in quanto «rivolta e strettamente collegata al raggiungimento di uno scopo diverso, che la qualifica e pone su un altro piano» ⁽²⁴⁹⁾, i giudici ne deducono arbitrariamente che la propaganda sovversiva risulta per ciò solo idonea a determinare reazioni violente, pericolose per la conservazione di quei valori che ogni Stato deve garantire. Si individua, così, una connessione diretta e immediata tra messaggio propagandistico ed azione, per cui la propaganda sarebbe sempre e comunque idonea a determinare reazioni pericolose per la conservazione del sistema democratico ⁽²⁵⁰⁾. Ma una tale conclusione si rivela carente proprio sul punto

²⁴⁵ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 102.

²⁴⁶ In questi termini v. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 97.

²⁴⁷ Queste osservazioni sono di S. FOIS, *Principi costituzionali*, cit., p. 160.

²⁴⁸ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 99. Parla di «salto logico» anche G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, cit., p. 491.

²⁴⁹ C. cost., sent. n. 87 del 22 giugno 1966, cit.

²⁵⁰ Condivide l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., il quale osserva come il concetto di propaganda implichi un elemento pragmatistico (< gr. πρῶσον, fare), la riserva cioè di un risultato immediato, di un influsso sulla volontà collettiva, che si vuol dirigere in un determinato senso. La propaganda, quindi, si distinguerebbe dalla mera esposizione dottrinarica, in quanto la prima sarebbe un discorso *teleologico*, finalizzato all'azione, mentre la seconda si esaurirebbe in un discorso *logico*.

che, invece, dovrebbe essere centrale, ossia quello della determinazione delle condizioni in cui la tutela di tale sistema può prevalere sulla libertà di pensiero. La Corte avrebbe dovuto accertare se il bene tutelato dalla norma fosse o meno protetto dalla Costituzione, in modo tale da giustificare la compressione della fondamentale libertà d'espressione e – ancora più importante – avrebbe dovuto considerare la concretezza delle singole situazioni in cui, di volta in volta, può sorgere un contrasto tra interessi contrapposti. Al contrario, il Supremo Collegio ha omesso tutte queste (fondamentali) verifiche ed è giunto all'apodittica conclusione per cui chi propaga la sovversione dei valori costituzionali crea – sempre e comunque – un pericolo sufficiente ad esigere il sacrificio della libertà di propaganda.

Per avvalorare questa tesi, la Corte ricorre anche al concetto di violenza, di cui evidenzia l'incompatibilità strutturale con l'accezione di ordine pubblico democratico. Da qui il divieto immanente di rottura violenta delle fondamentali condizioni di vita delle istituzioni democratiche, che implicherebbe anche il divieto di propaganda della violenza. Ma, anche su questo versante, il ragionamento dei Giudici costituzionali si rivela fallace. Infatti, se è fondato ritenere che la Costituzione vieti l'uso della violenza come mezzo di lotta politica, ciò non basta a dedurre anche il divieto di manifestazione del pensiero sotto forma di propaganda della violenza, poiché tali comportamenti, esaurendosi in mere manifestazioni del pensiero, «non sono idonei, secondo il principio di causalità, a determinare una violenza, neppure nella forma di concreto pericolo» ⁽²⁵¹⁾. In sostanza, dal divieto di violenza non si può desumere il divieto della condotta «che manifesta la violenza semplicemente come pensiero» ⁽²⁵²⁾. E questo perché il concetto di violenza è unitario e astratto, mentre la condotta violenta deve essere di volta in volta analizzata con riferimento alla situazione concreta e al contesto in cui si inserisce ⁽²⁵³⁾.

²⁵¹ G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, cit., p. 94.

²⁵² G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, cit., p. 95.

²⁵³ In proposito, G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, cit., p. 491 – richiamando a sua volta C. LAVAGNA, *Interventi ablatori e principio di congruità*, in *Giur. it.* 1965, I, p. 11 – ha evidenziato la necessità di adeguare il dato giuridico al fatto reale, secondo il c.d. principio di congruità. Ciò significa che «gli interessi del singolo (...) devono trovare un punto di equilibrio compromissorio con degli interessi contrastanti, configurati appunto come loro limiti. Quel punto di equilibrio, in base al

Come sapientemente sintetizzato da autorevole dottrina, «parlare di violenza è cosa ben diversa dal realizzarla»⁽²⁵⁴⁾. Pertanto, le norme che vietano l'uso della violenza non possono essere assunte a base di un'interpretazione estensiva o analogica del divieto, a meno che la manifestazione del pensiero sulla violenza sia "causalmente idonea" a realizzare la violenza stessa: unico caso, quest'ultimo, in cui dal divieto di violenza come *fatto* si potrebbe dedurre il divieto di violenza come *idea*. Il che implicherebbe, però, un'ambigua identificazione della *violenza* con l'*idea di violenza*, nonché il rischio di arbitrarie interpretazioni estensive del precetto che si invoca.

In merito a quest'ultima considerazione, peraltro, parte della dottrina ha rilevato che quantomeno il pensiero politico si presenta come indissolubilmente legato all'azione. E questo perché il dibattito politico si fonda su discorsi propagandistici destinati, per loro stessa natura, ad influire sui comportamenti dei consociati, in ragione del fatto che «la sollecitazione ad agire (...) è sempre presente (e non può non esserlo) nella vita politica»⁽²⁵⁵⁾. Del resto, tutte le dottrine che auspicano una trasformazione radicale della società prospettano il ricorso all'azione rivoluzionaria come possibile eventualità della lotta politica. La propaganda politica, quindi, non può non risolversi in un'esortazione ad agire⁽²⁵⁶⁾ e, se così non fosse, risulterebbe del tutto inutile e inefficace. In altre parole, «se si dovesse escludere dalla tutela della manifestazione del pensiero ogni discorso intorno alla "rivoluzione", il dibattito politico (...) rischierebbe la paralisi totale»⁽²⁵⁷⁾. Da qui la conclusione – un po' estrema, ma in parte condivisibile – per cui non si può sostenere che la propaganda cessa di essere protetta quando risulta particolarmente efficace (ossia idonea a sfociare in un'azione), poiché «una tale affermazione negherebbe le ragioni stesse di esistenza del sistema democratico», alla stregua del quale si deve ritenere che «l'efficacia della propaganda sia correlata alla sua

principio di adeguamento, va rinvenuto volta a volta nella concretezza delle singole situazioni in cui può determinarsi o si è determinato il contrasto».

²⁵⁴ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 99.

²⁵⁵ A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, cit., p. 1194.

²⁵⁶ V. il già citato giudice O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano 1975, p. 98 e p. 130, per cui «*every idea is an incitement*».

²⁵⁷ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 132.

sostanziale validità e, quindi, che sia assolutamente irrazionale qualsiasi divieto che la colpisca» (258).

1.3. Segue: e interviene (timidamente) sul secondo comma.

Se, in merito al primo comma dell'art. 272 c.p., la Corte ha manifestato un atteggiamento fortemente conservatore, fonte di non poche critiche da parte della dottrina, rispetto al secondo comma si è dimostrata più incline al cambiamento. Difatti, nell'esaminare la disposizione relativa alla propaganda antinazionale (259), i Giudici costituzionali hanno osservato come tale sentimento, pur corrispondendo al modo di sentire della maggioranza della Nazione e pur contribuendo al senso di unità etnica e sociale dello Stato, di fatto è «soltanto un sentimento che, sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità» (260). Con queste osservazioni, la Corte ha messo in luce il contrasto esistente tra la pretesa di tutelare un bene astratto e collettivo, quale può essere il sentimento nazionale, e l'esigenza di rispettare i principi di offensività e materialità, che presuppongono l'effettiva lesione di beni tangibili o quantomeno riconducibili a singoli individui determinati (es. l'onore). Inoltre, operando un confronto tra il secondo comma dell'art. 272 c.p. e l'art. 21 Cost., i Giudici sono giunti alla conclusione che un sentimento facente parte del mondo delle idee non può essere oggetto di incriminazione senza confliggere con il diritto di libera manifestazione del pensiero. Da qui la decisione – indubbiamente rispettosa della libertà di opinione – di abrogare il secondo comma dell'art. 272 c.p., dichiarandone l'illegittimità costituzionale.

Tuttavia, tale decisione è parsa contraddittoria rispetto alla definizione di propaganda fornita dalla stessa pronuncia con riferimento al primo comma

²⁵⁸ A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, cit., p. 1194. L'Autore giunge a conclusioni sostanzialmente analoghe anche attraverso un'attenta lettura dell'art. 18 Cost., che riconosce ai cittadini il diritto di associarsi liberamente per fini che non siano vietati ai singoli dalla legge penale. Ciò significa che «per quanto ampio sia un movimento di opinione, per quanto possente sia la sua capacità di influire sui cittadini, per quanto penetrante il suo legame con le masse, esso non può essere ostacolato se persegue fini non vietati penalmente al singolo».

²⁵⁹ La disposizione relativa alla propaganda volta a distruggere o a deprimere il sentimento nazionale (art. 272, comma 2, c.p.) era stata pensata contro gli antifascisti all'estero, per arginare il fenomeno del c.d. "fuoriuscitismo".

²⁶⁰ C. cost., sent. n. 87 del 22 giugno 1966, cit.

dell'art. 272 c.p. Infatti, mentre nella prima parte della sentenza la Corte definisce "illecita" la sola propaganda finalizzata a suscitare reazioni violente, nella seconda parte della decisione estende tale concetto, annoverandovi esplicitamente anche il "vilipendio alla Nazione" e la non meglio definita "propaganda diretta a compromettere i doveri che il cittadino ha verso la Patria o a menomare altri beni costituzionalmente garantiti". Rilevata questa incongruenza, parte della dottrina ⁽²⁶¹⁾ ha compiuto due osservazioni, entrambe corrette. In primo luogo, sarebbe stato più coerente distinguere la legittimità dell'incriminazione in relazione alla sola *pericolosità* che la manifestazione del pensiero riveste per la conservazione dell'ordinamento vigente. Inoltre, sarebbe stato preferibile operare tale distinzione nel seno della stessa norma, senza richiamare altre disposizioni, già di per sé poco chiare e foriere di interpretazioni difformi, come quella sul vilipendio.

Nel complesso, però, almeno per quanto riguarda la propaganda volta a distruggere o a deprimere il sentimento nazionale, l'operato della Corte può essere giudicato positivamente. Principi costituzionali alla mano, i Giudici della Consulta hanno ravvisato nell'art. 272, comma 2, c.p. una disposizione superata, scomoda eredità di un passato ormai remoto e fonte di potenziali conflitti con il fondamentale diritto di manifestazione del pensiero. Da qui l'abrogazione: unica strada percorribile, che si sarebbe dovuta seguire anche per l'ipotesi di cui al primo comma.

1.4. La provvidenziale abrogazione dell'art. 272 c.p. ad opera della l. n. 85 del 2006.

Si è dovuto attendere il 2006 perché il legislatore prendesse atto dell'irrimediabile incompatibilità dell'art. 272 c.p. con l'odierno sistema costituzionale. La propaganda, fino a quando non arriva alla soglia dell'azione punibile, resta *soltanto un discorso*, la cui punibilità contrasta con l'art. 21 Cost. Una conclusione semplice e lineare, quest'ultima, cui si è giunti però dopo ben cinquant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, nonostante i ripetuti appelli di un'inascoltata dottrina. Da qui la scelta di espungere dal

²⁶¹ G. VASSALLI, *Propaganda "sovversiva" e sentimento nazionale*, cit., p. 1102

codice l'intero art. 272, completando l'opera di abrogazione già iniziata nel 1966 con la dichiarazione di incostituzionalità della propaganda antinazionale. Tra i tanti aspetti criticabili della riforma dei reati di opinione (v. *supra* cap. I, par. 3.4), bisogna riconoscere come l'intervento sull'art. 272 c.p. sia stato a dir poco provvidenziale, avendo decretato una volta per tutte l'impossibilità di trapiantare in un ordinamento democratico disposizioni che erano state coniate appositamente per garantire stabilità ad un regime totalitario.

Va infine osservato come l'ipotesi delittuosa ex art. 272 c.p., giudicata ormai «obsoleta»⁽²⁶²⁾, «piuttosto datata e di scarsa se non nulla incidenza pratica»⁽²⁶³⁾, rappresentasse «il *pendant* dell'art. 270 c.p.»⁽²⁶⁴⁾. Per questo, si è detto che la totale eliminazione dell'art. 272 c.p. «fa il paio» con la riformulazione dell'art. 270, adeguandosi all'assunto per cui in un ordinamento democratico devono essere ammesse anche le esternazioni politiche dissenzienti, purché non trascendano nell'effettivo impiego della violenza»⁽²⁶⁵⁾. Venuta meno la forte capacità connotativa della previgente formulazione dell'art. 270, con il suo esplicito riferimento a comunisti, socialisti e anarchici, sarebbe stato problematico individuare condotte di propaganda ancora legate a quelle tipologie di autore⁽²⁶⁶⁾. L'abrogazione dell'art. 272, quindi, non solo è stata imposta da un'innegabile incompatibilità della norma con i principi costituzionali, ma è anche il risultato, più o meno immediato, delle modifiche apportate all'art. 270.

2. La propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico (art. 3, co. 1, lett. a), I parte, l. n. 654 del 13 ottobre 1975).

L'art. 3, comma 1, lett. a), I parte, l. n. 654 del 13 ottobre 1975, punisce con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a seimila euro chi

²⁶² D. PULITANÒ, *Riforma dei reati d'opinione?*, cit., p. 746.

²⁶³ A. CLEMENTE, *Modifiche al c.p. in materia di reati di opinione*, cit., p. 31.

²⁶⁴ A. MASSARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, cit., p. 3865. È dello stesso avviso M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, cit., p. 968, per il quale «è evidente (...) come la *ratio* della incriminazione del fatto previsto dall'art. 270 fosse collegata all'art. 272 c.p., che puniva la propaganda sovversiva».

²⁶⁵ D. NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, cit., p. 409.

²⁶⁶ In questi termini si esprimono A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti*, cit., p. 93.

diffonde (dal 2006, chi *propaganda*) idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale. Frutto di una precisa scelta politica di mettere al bando ogni forma di discriminazione razziale, anche questa disposizione si inserisce nella controversa categoria dei reati di opinione e presenta tutti i tratti distintivi di tali fattispecie. In primo luogo, sanzionando la mera espressione del pensiero non violenta, essa comprime il fondamentale diritto sancito dall'art. 21 Cost. e tradisce la sua valenza fortemente simbolica ed enunciativa. In secondo luogo, essa è strutturata sul modello dei reati di pericolo e comporta un'eccessiva anticipazione della soglia di punibilità che contrasta con il principio di offensività. Infine, richiamando le generiche accezioni di "razzismo" e di "odio razziale", la fattispecie in discorso pone il problema di circoscrivere la reale portata di tali concetti, la cui indeterminatezza potrebbe dare adito a plurime interpretazioni.

a) Il bene giuridico tutelato.

Quanto all'incompatibilità della propaganda razzista con l'art. 21 Cost., la dottrina ⁽²⁶⁷⁾ è sostanzialmente unanime nel ritenere che la punibilità di tale condotta avvenga in virtù di un'operazione di bilanciamento tra interessi che giustificerebbe la limitazione del diritto costituzionale di manifestazione del pensiero. Resta però il problema di individuare quale sia il bene giuridico tutelato dalla norma in discorso. Secondo un'impostazione tradizionale della giurisprudenza, si tratterebbe dell'ordine pubblico in senso stretto, inteso come buon assetto e regolare andamento del vivere civile. Ma questa nozione non convince. Nonostante la sua precisa definizione, infatti, si tratta pur sempre di un bene giuridico inafferrabile, il cui carattere rarefatto e astratto

²⁶⁷ In questo senso, E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura della fattispecie: aspetti problematici della normativa penale contro la discriminazione razziale*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 93; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dei diritti dell'uomo* 1997, p. 34; L. PICOTTI, *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del tribunale di Verona*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2005, p. 69; ID., *Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. merito* 2006, p. 1956; ID., *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO, cit., p. 117; F. SALOTTO, *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione*, cit., p. 167; C. SILVA, *Il concetto di discriminazione razziale al vaglio della Corte di cassazione*, in *Indice pen.* 2009, p. 234.

implica l'inevitabile rinuncia al principio di offensività ⁽²⁶⁸⁾. Da qui il più convincente riconoscimento della dimensione personalistica del bene protetto, ravvisabile nel diritto inviolabile della dignità umana, che a sua volta si specifica nel «diritto di ciascuno alla differenza», ossia «ad essere come si è, per natura e per appartenenza ad una determinata razza, etnia, nazione o religione» ⁽²⁶⁹⁾. Con queste stesse parole si sono espressi i giudici del Tribunale di Verona nell'emblematico caso giudiziario che ha visto coinvolti alcuni esponenti della Lega Nord, condannati per aver cercato di acquisire consensi presso l'opinione pubblica facendo leva su pregiudizi storici contro gli zingari. In particolare, il Tribunale di Verona aveva riconosciuto il carattere plurioffensivo del reato di propaganda razziale, ritenendolo lesivo sia dell'ordine pubblico, sia della dignità umana. La ricostruzione operata dalla sentenza veronese, giudicata da taluni «una decisa risposta dell'ordinamento giuridico alla deriva non solo ideologica e culturale, ma anche politica e sociale» ⁽²⁷⁰⁾, è stata però contestata nei successivi gradi di giudizio per la sua eccessiva artificiosità e complessità. La Corte d'appello di Venezia ⁽²⁷¹⁾ ha negato la natura plurioffensiva del reato di propaganda, affermando che solo la dimensione concreta e personalistica del bene protetto, consistente nella dignità di ciascun uomo, consente di individuare agevolmente i soggetti offesi e quelli danneggiati al fine di un eventuale risarcimento dei danni. La Cassazione ⁽²⁷²⁾, dal canto suo, preso atto della divergenza interpretativa tra il Tribunale di primo grado e la Corte d'appello, ha dimostrato di preferire la tesi sostenuta da quest'ultima, ravvisando l'oggetto specifico della tutela penale non tanto nell'ordine pubblico, che avrebbe una rilevanza solo indiretta, ma nella dignità umana. Difatti, se è pressoché impossibile accertare il turbamento della pacifica vita collettiva, risulta molto più semplice apprezzare l'offesa concreta a soggetti determinati o quantomeno determinabili grazie alla

²⁶⁸ E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit., p. 34; L. PICOTTI, *Diffusione di idee "razziste"*, cit., p. 1956.

²⁶⁹ Trib. Verona, 2 dicembre 2004 (dep. 24 febbraio 2005), n. 2203, in *Giur. mer.* 2006, doc. 295, p. 2424 e ss.

²⁷⁰ L. PICOTTI, *Diffusione di idee "razziste"*, cit., p. 1956.

²⁷¹ Corte d'appello di Venezia, 30 gennaio 2007 (dep. 2 aprile 2007), n. 186, in *Indice pen.* 2009, p. 239, note 12 e 13.

²⁷² Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 2007 (dep. 28 marzo 2008), n. 13234, in *Indice pen.* 2009, p. 234.

loro appartenenza al gruppo discriminato (nel caso di specie, gli zingari Stinti del comune di Verona) (273).

La proposta di abbandonare l'ordine pubblico, per interpretare la norma sulla propaganda razzista in chiave di disposizione a tutela dell'essere umano, è stata accolta con entusiasmo da gran parte della dottrina. Si è detto che, dando rilievo primario al bene della persona, si può garantire la stabilità dell'antirazzismo, una conquista acquisita dopo le tragiche esperienze storiche dell'umanità (274). Ma – come è stato correttamente osservato – «cambiare nome al bene tutelato non è certo sufficiente». Occorre anche «rimisurare le fattispecie con il nuovo bene essere umano» (275), selezionando le sole condotte punibili. Inoltre, la necessità di tutelare la dignità umana dalla discriminazione razziale non basta a giustificare il ricorso indiscriminato allo strumento penale, «via semplificatoria» (276) che talora può essere anche più violenta della discriminazione stessa (277).

b) L'offensività del fatto.

Oltre ai problemi connessi all'individuazione del bene giuridico tutelato, la fattispecie in esame presenta anche un forte *deficit* di offensività della condotta incriminata, che si esaurisce nel fatto di “chi propaganda *idee* fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico”. Non si richiede, quindi, la commissione o l'istigazione a commettere *atti* di discriminazione (art. 3, co. 1, lett. a), II parte), né la commissione o l'istigazione a commettere *violenza* o *atti*

273 L. PICOTTI, *Diffusione di idee “razziste”*, cit., p. 1956; C. SILVA, *Il concetto di discriminazione razziale*, cit., p. 346.

274 L. PICOTTI, *Diffusione di idee “razziste”*, cit., p. 1956.

275 E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit., p. 36.

276 E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit., p. 36.

277 In questi termini si esprime E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit., p. 37, la quale osserva che «per combattere la discriminazione razziale si è sviluppata una soluzione giuridica che può essere altrettanto violenta». È dello stesso avviso F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna 1990, p. 11, per il quale «dichiarare criminale una condotta indesiderabile è certamente la via più comoda ed attraente». *Contra*, invece, L. PICOTTI, *Diffusione di idee “razziste”*, cit., p. 1956, il quale ritiene che, per garantire stabilità alla conquista dell'antirazzismo, «occorre non solo dar rilievo primario al bene della persona (...), bensì riconoscere anche la “necessità” della tutela penale (...) di fronte all'insufficienza di altre meno incisive tecniche di tutela, dimostratesi inefficaci a garantire realmente la protezione della “dignità dell'uomo” dagli effetti inaccettabili di ideologie ed esternazioni, che le recano concretamente offesa».

di provocazione alla violenza (art. 3, co. 1, lett. b), ma si sanziona il comportamento di chi si limita a sottolineare le note favorevoli di certi fatti, «agevolando la formazione di un giudizio dei destinatari, che conduca ad avere determinate idee di giustificazione o di incoraggiamento rispetto a tutte le forme di odio e di discriminazione razziale» (278). Il legislatore, intenzionato ad accordare la massima protezione a un bene di primaria importanza come la dignità umana, ha arretrato la normale soglia di punibilità, pretendendo una generale osservanza di regole di condotta idonee ad evitare la lesione del bene. Non solo. Egli è ricorso anche allo schema del pericolo astratto, fissando *a priori* la condotta astrattamente pericolosa e prescindendo dall'accertamento, caso per caso, di un reale pericolo. Per applicare la disposizione *de qua* sarebbe quindi sufficiente l'integrazione della condotta ivi descritta, consistente nel propagandare idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, a nulla rilevando la concreta pericolosità di tali idee, la loro capacità di convincere l'uditorio e la loro idoneità a sfociare in *atti* discriminatori o di violenza. Senonché, prescindendo da questi requisiti, si finisce inevitabilmente per reprimere la mera disobbedienza ad un precetto penale, disattendendo il principio di necessaria lesività. Tali preoccupazioni, indotte generalmente da tutti i reati di pericolo astratto, appaiono ancora più fondate rispetto a fattispecie come quella in oggetto, il cui carattere fortemente ideologico non può essere negato. Considerando poi che il legislatore, nel caso in esame, «ritaglia la condotta punibile da un diritto quale la libera manifestazione del pensiero» (279), basta davvero pochissimo perché dal divieto di azione discriminatoria si faccia discendere il divieto dell'idea di discriminazione, confondendo l'uso della violenza con il discorso sulla violenza (280).

Orbene, è proprio alla luce di queste considerazioni che la Cassazione, consapevole della carenza di offensività della norma sulla propaganda razzista, ha deciso il sopra citato “caso veronese”, fornendo un'interpretazione della stessa che risultasse maggiormente conforme al principio di necessaria lesività del fatto. Riscontrate le difficoltà connesse all'accertamento di un turbamento dell'ordine pubblico, che avrebbe reso tale reato di pericolo soltanto astratto o

278 E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit., p. 50.

279 E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit., p. 50.

280 V. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 99, secondo il quale «parlare di violenza è ben altro dall'utilizzarla».

presunto, ha optato per una ricostruzione del bene giuridico in termini di dignità umana, la cui offesa concreta risulta più facilmente verificabile. Uniformandosi ad una salda giurisprudenza costituzionale ⁽²⁸¹⁾, intenzionata a conferire un più consistente spessore offensivo ai reati di opinione, la Suprema Corte ha richiesto la sussistenza di una relazione *concreta* di pericolo, individuabile nella specifica idoneità della condotta alla realizzazione del reato. Si tratta di una soluzione certamente apprezzabile, che però non basta a risolvere tutti i problemi connessi all'accertamento di una situazione pericolosa non apprezzabile sul piano delle scienze esatte. Come già si è detto, infatti, i reati di opinione coinvolgono la realtà socio-politica, che comporta l'abbandono del terreno della causalità materiale e l'approdo in quello della causalità psicologica, con la conseguenza che le migliori scienze per l'accertamento del pericolo saranno quelle sociali, politiche e storico-evolutive, la cui inesattezza è risaputa (v. *supra* cap. I, par. 2.2.2).

Pertanto, a fronte di queste argomentazioni, appare alquanto affrettata e ben poco condivisibile la prospettiva di chi ritiene che la propaganda razzista implichi sempre e comunque un pericolo *concreto* per la dignità umana, in base all'assunto per cui, «se viene *concretamente* meno [il reciproco] riconoscimento e rispetto» fra gli appartenenti all'intera collettività locale, le persone esposte alle discriminazioni razziste «si trovano *realmente e concretamente* a vivere rapporti sociali in cui è negato e quindi violato o messo effettivamente in pericolo il loro diritto alla dignità di uomini» ⁽²⁸²⁾. In particolare – continuano i sostenitori di questa coraggiosa teoria – sarebbero «proprio la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e l'incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi razziale (...) a determina[re], *in concreto*, un'accertabile e dimostrata instaurazione di [quei] rapporti sociali» ⁽²⁸³⁾, che ledono o mettono in pericolo i corretti modelli di riconoscimento e rispetto fra persone determinate o comunque determinabili in un certo ambito sociale e/o geografico. La tesi in oggetto appare, però, opinabile sotto più aspetti. In primo luogo, è erroneo equiparare, quanto ad effetti, la «diffusione di *idee*» con l'«incitamento a commettere *atti* di

²⁸¹ La necessità di concretezza è stata ribadita, in particolare, da C. cost. n. 65 del 4 maggio 1970, in *Giur. cost.* 1970, p. 955; C. cost. n. 15 del 14 febbraio 1973, *ivi* 1973, vol. II, p. 79; C. cost. n. 108 del 5 aprile 1974, *ivi* 1974, vol. II, p. 773.

²⁸² L. PICOTTI, *Diffusione di idee "razziste"*, cit., p. 1956; ID., *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale*, cit., p. 134.

²⁸³ L. PICOTTI, *Diffusione di idee "razziste"*, cit., p. 1956.

discriminazione". Infatti, mentre quest'ultima condotta, richiedendo un cominciamento d'azione, può dirsi rispettosa dei principi di materialità e di offensività del fatto, la prima si esaurisce nella mera manifestazione di un convincimento personale che, fino a quando non sfocia nell'azione violenta, non solo non dovrebbe essere penalmente perseguita, ma dovrebbe essere addirittura costituzionalmente tutelata. Ciò che più lascia perplessi, comunque, è il riferimento costante alla concretezza del pericolo, cui sarebbe esposto il bene personale della dignità umana, quando poi, di fatto, la fattispecie di propaganda razzista viene descritta alla stregua di un reato di pericolo astratto o presunto, dando per scontata la sussistenza del pericolo stesso. Quasi che la propaganda di idee razziste fosse pericolosa per natura, indipendentemente dal contesto e da tutte le circostanze del caso concreto.

Per garantire il giusto spessore offensivo alla fattispecie *de qua*, non è sufficiente coniare definizioni di propaganda infarcite di avverbi o aggettivi che richiamino un'idea di concretezza. Ciò che si deve pretendere, invece, è l'accertamento, caso per caso, del pericolo. Bisognerà quindi considerare il contenuto della comunicazione e la forza persuasiva della manifestazione stessa, ossia l'impatto comunicativo del messaggio e la sua risonanza. Altrettanto decisive, poi, saranno le modalità di tale azione verbale. Si dovrà valutare, di volta in volta, la posizione di chi parla (es. se ricopre o meno una carica istituzionale) ⁽²⁸⁴⁾, il luogo da cui si parla (es. se è un luogo sopraelevato rispetto all'uditorio), la tecnica oratoria impiegata ⁽²⁸⁵⁾, il pubblico a cui il messaggio è destinato (pubblico informato e critico o disinformato e quindi più facilmente plasmabile) e lo strumento di comunicazione prescelto per diffondere il messaggio (espressione orale, scritta o diffusa tramite mezzi radio-televisivi). In una parola, si dovrà guardare al contesto ⁽²⁸⁶⁾, che sarà

²⁸⁴ Con riferimento alla posizione di chi parla, M. AINIS, *Valore e disvalore della tolleranza*, in *Quaderni costituzionali* 1995, p. 433, rileva che «c'è evidentemente una non lieve differenza tra l'affermazione formulata da un professore d'università durante una lezione *ex cathedra* e quella stessa affermazione ripetuta al tavolo di un bar: e la differenza consiste nel potere di influenza di chi parla, nella sua capacità di suggestionare l'oratorio».

²⁸⁵ Secondo L. BOLLINGER, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford – New York 1986, p. 201, anche una fiaba può essere letta in modo da farla apparire oscena.

²⁸⁶ Il riferimento al contesto è presente anche nella già citata sentenza, con cui la Cassazione (sent. n. 13234 del 2008) ha deciso il c.d. caso veronese sugli zingari. In particolare, la Suprema Corte ha statuito che «in una competizione politica particolarmente accesa (...) non si può dal contesto di un discorso estrapolare una frase poco opportuna per attribuire all'autore idee razziste senza esaminare il contesto

determinante per valutare l'idoneità di certi comportamenti a sfociare in discriminazioni razziali, col pericolo che ne derivi odio, violenza e persecuzioni anche su vasta scala ⁽²⁸⁷⁾. Alle stesse conclusioni è giunta anche la Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel già citato caso *Jersild v. Danimarca* (v. *supra* cap. I, par. 2.1) ⁽²⁸⁸⁾, ha ritenuto indispensabile esaminare il modo in cui il messaggio razzista di un gruppo di *nazi-skin* ⁽²⁸⁹⁾, intervistati dal signor Jersild durante un programma giornalistico, era stato presentato, nonché il suo contenuto, il contesto in cui era stato diffuso e il tipo di trasmissione televisiva che l'aveva ospitato. Tutto ciò considerato, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'inchiesta condotta da Jersild non perseguiva l'obiettivo di propagandare idee razziste: in primo luogo, infatti, la trasmissione televisiva in questione si rivolgeva ad un pubblico critico e informato; inoltre, il giornalista si era limitato a far conoscere un argomento di interesse generale, senza esprimere alcuna dichiarazione razzista. Ciò ad ulteriore riprova del fatto che la diffusione di idee razziste, in sé considerata, non può reputarsi sempre e comunque pericolosa per i soggetti discriminati.

È quindi impossibile stabilire *a priori* e in astratto – come invece pretende di fare la citata dottrina ⁽²⁹⁰⁾ – quali siano i limiti della libertà di pensiero. Solo esaminando il contesto del singolo caso concreto, con le sue molteplici sfaccettature, si potrà percepire la reale offensività del fatto. Ma si tratterà,

nel quale tale frase è stata pronunciata e senza la valutazione degli elementi indicati a discolpa dell'autore della frase». Va segnalato, però, come la Cassazione abbia solo marginalmente affrontato il tema della dimensione politica del dibattito pubblico, rinviando il compito al giudice di appello.

²⁸⁷ *Contra*, invece, L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale*, cit., p. 140, per il quale «non è necessario che i soggetti passivi (...) abbiano in concreto percepito il contenuto della propaganda razzista, o tanto meno che si siano sentiti soggettivamente offesi nella loro dignità di persone. Come non occorre che l'idea o raffigurazione positiva del gruppo di appartenenza dell'offeso abbia oggettivamente subito una menomazione o addirittura una distruzione nel pensiero degli altri, o che il biasimo possa comunque aver trovato effettivo credito presso coloro che hanno appreso il pensiero diffuso».

²⁸⁸ Sul punto, v. I. INGRAO, *Informazione e diffusione di idee razziste: il caso Jersild contro Danimarca*, cit., p. 578.

²⁸⁹ Per dovere di correttezza, si trattava di un gruppo di giovani danesi chiamati "i giubbotti verdi".

²⁹⁰ Vi è addirittura chi, come L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale*, cit., p. 140, stila un elenco delle possibili condotte integranti la fattispecie di propaganda. Si tratterebbe dell'affissione di manifesti sui muri, della distribuzione di volantini alla gente lungo la pubblica via, della raccolta di firme fra i cittadini a sostegno di una petizione destinata a "mandare via gli zingari", pubblicizzata anche con conferenze stampa, interviste, articoli pubblicati su quotidiani: comportamenti che, a dire il vero, esulano dalla propaganda strettamente intesa, in quanto con essi non ci si limita soltanto ad esprimere un'idea.

comunque, di una valutazione molto soggettiva che, non potendo appellarsi alle scienze esatte, scontrerà sempre quell'inesattezza che è propria delle discipline sociali.

c) L'indeterminatezza della fattispecie.

La legislazione antirazzista mutua dal linguaggio comune alcune espressioni, sul cui significato è opportuno compiere alcuni riflessioni. In particolare, a suscitare le maggiori perplessità sono le accezioni di "discriminazione" e di "odio razziale" che, prestandosi a plurime interpretazioni, finiscono per disattendere le fondamentali istanze di tassatività e determinatezza della fattispecie. Il legislatore, infatti, non fornisce alcuna definizione di tali concetti ⁽²⁹¹⁾ e impiega «termini forti quanto a valore evocativo e simbolico (...), ma privi di una reale efficacia descrittiva» ⁽²⁹²⁾.

Soffermandosi sull'accezione di "razzismo", ci si accorge ben presto di come essa riunisca in sé una serie eterogenea di fenomeni, che vanno dal razzismo come ideologia o dottrina, al razzismo come opinione o pregiudizio razziale, al razzismo come discriminazione ⁽²⁹³⁾. Una cosa, dunque, è esprimere un'opinione razzista; altro, invece, è realizzare una pratica discriminatoria. Eppure, il legislatore non sembra accorgersi di tale differenza, poiché punisce la propaganda allo stesso modo degli atti e, nel disporre "misure urgenti in

²⁹¹ Sul punto v. L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, cit., p. 19.

²⁹² E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit., p. 38. *Contra*, invece, L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale*, cit., p. 140, per il quale «le fattispecie legali in esame consentono di delimitare con sufficiente precisione, attraverso il comune procedimento interpretativo, il contenuto delle locuzioni utilizzate, risultante dal "significato proprio delle parole secondo la "connessione" grammaticale e sintattica (...), dato che corrispondono a termini ampiamente utilizzati e determinati nel linguaggio comune (...). Pertanto, l'area dei comportamenti penalmente illeciti può dirsi tassativamente delimitata rispetto all'area di quelli leciti in termini non diversi da quelli riscontrabili in numerose altre fattispecie penali».

²⁹³ Questa tripartizione è tracciata da M. BANTON, *Race and relation*, Londra - New York 1967. Per una teorizzazione del razzismo nella società pluralista contemporanea v., invece, M. WIEVIORKA, *Il razzismo*, Bari 1993, secondo il quale il razzismo oggi non si fonda più su argomenti concernenti una presunta disuguaglianza biologica fra le razze, bensì su formulazioni simboliche, adattate al periodo storico contemporaneo di diffusa critica e fermo rifiuto del razzismo come ideologia. Per una panoramica sulle pronunce della Cassazione che, dagli anni Novanta, si sono occupate di fornire una nozione penalmente rilevante di "razzismo" e di "discriminazione", v. F. PANIZZO, *Quando la propaganda politica diviene propaganda razzista*, cit., p. 2353.

materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa”, utilizza il termine “discriminazione” anche per riferirsi al razzismo inteso come ideologia, opinione o pregiudizio. Ne deriva che, estesa a dismisura, la nozione di razzismo rischia di includere anche banali atteggiamenti xenofobi o velate forme di intolleranza. In altre parole, la carenza di rigore terminologico porta a reprimere condotte che di razzista hanno ben poco o addirittura nulla. Basti pensare al c.d. “razzismo implicito”, che non si fonda più su argomenti concernenti una presunta disuguaglianza biologica fra le razze come accadeva nell'Ottocento, bensì su formulazioni simboliche, adattate al periodo storico contemporaneo di diffusa critica e fermo rifiuto del razzismo come ideologia. In questa nuova versione, il “razzismo” si adatta all'odierna cultura pluralista, dichiarando un'astratta uguaglianza fra le razze e celebrando il principio della differenziazione; nel contempo, però, esso giunge pur sempre a rifiutare il “diverso”, cui non viene rimproverato tanto di essere differente, quanto di esserlo “in modo anomalo”, sulla base di valutazioni negative elaborate da coloro che si giudicano “superiori” (294). Anche questa forma di razzismo, quindi, sarebbe da punire, in quanto «porta a concludere egualmente per l'incompatibilità delle culture, delle mentalità, delle civiltà, giustificando così misure di esclusione, di espulsione, di emarginazione di coloro che sono ritenuti e/o additati come inammissibili o non integrabili» (295). Lettura, quest'ultima, che evoca una sorta di «spiritualizzazione del bene tutelato» (296) e che, se applicata alla realtà, aprirebbe a scenari inquietanti, consentendo di

²⁹⁴ In termini esemplificativi, i giudici del Tribunale di Verona affermano che oggi «non si stigmatizza più lo zingaro per essere zingaro, ma perché egli vive *come* uno zingaro, dunque come si ritiene che vivano tutti gli zingari, prediligendo il nomadismo, l'accattonaggio, la nullafacenza, la ruberia» (Tribunale di Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203, cit.).

²⁹⁵ Tribunale di Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203, cit. La posizione del Tribunale di Verona, che definisce il “razzismo implicito” come una sorta di compromesso tra le pulsioni di ostilità nei confronti dell'altro ed il rispetto formale della normativa antirazzista, è fortemente condivisa anche da L. PICOTTI, *Diffusione di idee “razziste”*, cit., p. 1956. *Contra*, invece, Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 2007 (dep. 28 marzo 2008), n. 13234, cit., per cui “la discriminazione (...) non può essere intesa come riferibile ad una qualsiasi condotta che sia o possa apparire in contrasto con un ideale di assoluta integrazione”, ma andrebbe intesa alla luce del dettato della Convenzione di New York del 7 marzo 1966, per cui “discriminare significa porre in essere un comportamento che direttamente o indirettamente comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza ecc. allo scopo di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio in condizioni di parità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica”.

²⁹⁶ E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, cit., p. 38.

reprimere qualsiasi condotta che sia o possa anche solo apparire in contrasto con un ideale di assoluta integrazione.

Affinché la lotta al razzismo sia realmente efficace, dunque, è necessario che essa si fondi su una precisa definizione di “discriminazione razziale”. Una formula troppo ampia e indefinita, invece, rischia di rendere inapplicabili le norme antirazziste, proprio perché suscettibili di essere ricondotte a troppe situazioni diverse.

Le stesse riflessioni valgono anche per i concetti di “superiorità” e di “odio razziale”, che non possono essere genericamente presunti ⁽²⁹⁷⁾, ma devono essere innanzitutto circoscritti nella loro portata e, in secondo luogo, accertati caso per caso. In particolare, la Corte di cassazione ha cercato di fornire una definizione quanto più rigorosa di “odio etnico e razziale”, affermando che esso non può esaurirsi in un “profondo ed irriducibile sentimento di avversione per l'altro” ⁽²⁹⁸⁾, ma deve comportare qualcosa di più, ossia «un'avversione tale da desiderare la morte o un grave danno per la persona odiata, per cui non si può qualificare come odio un qualsiasi sentimento di avversione o di antipatia» ⁽²⁹⁹⁾. Anche in questo caso, quindi, la Cassazione si è sforzata di arginare la forte indeterminatezza del testo legislativo, bocciando definizioni tautologiche (es. “l'odio è un sentimento”) che, anziché chiarire il significato di certi concetti, contribuiscono a renderli ancora più evanescenti. Infine, il Supremo Collegio è tornato sul concetto di “discriminazione”, troppe volte confuso con quello di “pregiudizio”: anche un pregiudizio razziale può sfociare in discriminazione, ma è necessaria una puntuale valutazione di tutte le circostanze temporali e ambientali nelle quali tale pregiudizio è espresso, al fine di determinare l'effettiva sussistenza o meno della discriminazione.

Nonostante gli sforzi profusi per ridurre l'indeterminatezza delle fattispecie in esame, la sensazione è che ai giudici sia concessa ancora troppa discrezionalità: come potrà l'interprete avere la certezza che chi propaga certe idee provi realmente “un'avversione tale da desiderare la morte o un grave danno” per la persona o per il gruppo etnico odiato? Indagare nell'intimo della coscienza umana non ci è ancora consentito.

²⁹⁷ Così, invece, ha ragionato la Corte d'appello di Venezia (sent. n. 186 del 2007, cit.) che – non emergendo palesemente e letteralmente dalle dichiarazioni degli agenti un'esplicitazione di odio razziale o di superiorità – si limitava a desumere tali sentimenti, considerandoli implicitamente enunciati.

²⁹⁸ Così, invece, Tribunale di Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203, cit.

²⁹⁹ Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 2007 (dep. 28 marzo 2008), n. 13234, cit.

2.1. La controversa modifica introdotta dalla l. n. 85 del 2006.

Già si è detto (v. *supra* par. 1.4) come la legge di riforma dei reati di opinione sia intervenuta anche sull'art. 272 c.p., espungendo dal codice la fattispecie di propaganda che, già dagli anni Sessanta, era stata oggetto di numerose critiche da parte della dottrina. Fin qui, nulla di strano: l'abrogazione dell'art. 272 c.p. era attesa da tempo e rispondeva alle aspettative di chi ravvisava nella propaganda una fattispecie ormai desueta, in palese contrasto con il principio di libertà di espressione.

Va da sé, però, che il legislatore, contestualmente all'abrogazione della propaganda *ex art.* 272 c.p., ha altresì deciso di intervenire sulla legislazione *extra codicem* e, in particolare, sulla fattispecie di propaganda razzista, sostituendo il verbo "diffondere" con il verbo "propagandare". Ed è stato proprio a questo punto che le stranezze hanno iniziato ad emergere. Prima fra tutte, una spiccata contraddizione⁽³⁰⁰⁾ tra l'intento di eliminare il reato di propaganda dal codice e la contestuale volontà di reintrodurla nella legislazione speciale, facendo rientrare dalla finestra ciò che sembrava essere uscito definitivamente dalla porta.

Ci si è sovente interrogati sulla *ratio* di una simile novella, percepita da taluni come «un tentativo da parte del legislatore (...) di placare la *vexata questio* circa la possibile incostituzionalità del disposto per violazione dell'art. 21 Cost.»⁽³⁰¹⁾, e da altri come una mossa squisitamente politica che, restringendo l'ambito di applicazione della fattispecie, avrebbe «presta[to] un riparo indulgenzialista a ben specifiche vicende giudiziarie»⁽³⁰²⁾.

Quanto al significato dei termini "propaganda" e "diffusione", la dottrina maggioritaria ne ha messo in luce la diversa portata concettuale, asserendo

³⁰⁰ Questa contraddizione è rilevata soprattutto da L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., 120.

³⁰¹ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 203. Negli stessi termini si è espressa anche F. SALOTTO, *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione*, cit., p. 170, per la quale «è da ritenere che il legislatore, nell'apportare questa modifica, sia stato spinto (...) dall'intenzione di sopire le polemiche e i dubbi relativi alla potenziale violazione del principio di libera manifestazione del pensiero».

³⁰² C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli*, cit., p. 223. Il riferimento è, chiaramente, al sopra citato caso giudiziario che aveva coinvolto sei noti esponenti veronesi della Lega Nord, per aver cercato di acquisire consensi presso l'opinione pubblica facendo leva su alcuni pregiudizi storici contro gli zingari. Questa opinione è condivisa anche da D. PULITANO, *Riforma dei reati d'opinione?*, cit., p. 746, per il quale «la novella leghista del 2006» si è posta «in un'ottica fortemente selettiva, segnata da contingenti interessi politici».

che la diffusione «prevede un'ampia divulgazione di idee, così da poter portarne a conoscenza altri, mentre la propaganda prefigura un'azione più specifica, il cui risultato è rivolto ad influire sulla psicologia e l'altrui comportamento» (303). Secondo altri, invece, i termini in questione coinciderebbero e la sostituzione operata dal legislatore si esaurirebbe in una mera modifica formale della fattispecie. Al di là della semplice differenza terminologica, infatti, la novella non avrebbe inciso sostanzialmente sulla portata della norma, «poiché il termine “diffusione” è sempre stato comunque interpretato non nel senso di una mera manifestazione del pensiero, quanto invece nel senso di un'azione idonea a mettere in pericolo il bene giuridico tutelato» (304).

Ora, ad avviso di chi scrive, non si può non percepire la diversa ampiezza semantica dei termini in discorso, ed è pienamente condivisibile quanto affermato dalla Cassazione, per cui «l'uso del verbo “propaganda” in luogo di “diffonde” restringe la fattispecie originaria, perché implica che la diffusione debba essere idonea a raccogliere consensi intorno all'idea divulgata» (305).

Senonché, da questa interpretazione deriverebbe un problema di conformità della fattispecie rispetto all'attuale normativa sovranazionale. Precisamente, la nuova disciplina si porrebbe in contrasto con l'obbligo internazionale assunto dall'Italia con la firma della Convenzione Internazionale di New York del 7 marzo 1966, relativa all'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, con cui lo Stato italiano si è impegnato “a dichiarare crimini punibili dalla legge *ogni diffusione di idee ecc.*” (art. 4, lett. a). E poiché il riferimento alla “diffusione in qualsiasi modo” è stato espunto dalla disposizione in esame, quest'ultima «pare dover inevitabilmente essere considerata una violazione

³⁰³ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 203. Nello stesso senso, v. C. CITTERIO, *Discriminazione razziale*, cit., p. 156, per il quale «la “propaganda” [è] qualcosa di più e in ogni modo di diverso dalla “mera diffusione in qualsiasi modo”»; F. SALOTTO *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione*, cit., p. 170 e ss., la quale sostiene che «“diffondere” equivale a divulgare e far conoscere», mentre «la propaganda implica una azione idonea ad influire sulla psicologia e sul comportamento altrui. Quest'ultima è una condotta più incisiva, capace di operare in senso pregiudizievole sull'atteggiamento collettivo. Non consiste solo nel portare a conoscenza dei terzi le proprie idee, ma si caratterizza per la sua forza persuasiva, ovvero per la sua attitudine ad influenzare il pensiero ed il giudizio degli “ascoltatori”. E chi propaganda le proprie idee intende orientare la volontà altrui». In giurisprudenza, la differenza tra i due termini è sottolineata, in particolare, da Cass. pen., sez. III, 7 maggio 2008, Mereu, in *Cass. pen.* 2009, p. 3023, con osservazioni di A. MONTAGNA.

³⁰⁴ C. SILVA, *Il concetto di discriminazione razziale*, cit., p. 346, nota 30.

³⁰⁵ Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 2007 (dep. 28 marzo 2008), n. 13234, cit.

della Convenzione di New York»⁽³⁰⁶⁾. Inoltre, la nuova fattispecie «non parrebbe risultare sufficiente ad adempiere [neppure] l'obbligo imposto ex art. 1, co. 1, lett. b) della Decisione quadro 2008/913/GAI»⁽³⁰⁷⁾, per cui l'Italia si impegna ad adottare tutte le misure necessarie a punire la perpetrazione di atti di istigazione alla violenza e all'odio razziale «mediante la *diffusione* e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altri materiali».

A queste critiche, però, si può facilmente controbattere, osservando che, prima ancora di rispettare gli obblighi assunti in sede internazionale, l'Italia deve rispettare i principi fondamentali sanciti dalla Costituzione. Tra questi principi, vi è senza dubbio anche quello di legalità, con il suo corollario della tassatività-determinatezza, fortemente disatteso da una fattispecie che pretendeva di punire ogni generica «diffusione» di idee razziste. Ricorrendo all'accezione di «propaganda», invece, il legislatore ha cercato di circoscrivere la portata della norma, definendone più nettamente i confini e scegliendo di incriminare solo quei comportamenti che risultino effettivamente offensivi. Il che, tra l'altro, è perfettamente in linea con quanto disposto dall'art. 2 della stessa Decisione quadro 2008/913/GAI, che consente agli Stati membri di rendere punibili «*soltanto* i comportamenti che siano realmente minacciosi, offensivi o ingiuriosi».

2.2. Problemi applicativi e spunti di diritto comparato. Il caso Ruanda e le decisioni del Tribunale Penale Internazionale.

Studiando gli atti del c.d. processo ai *mass media*, accusati di aver incitato al genocidio ruandese del 1994⁽³⁰⁸⁾, si percepisce quanto sia difficile, nella

³⁰⁶ C. CITTERIO, *Discriminazione razziale*, cit., p. 156. È del medesimo avviso F. PANIZZO, *Quando la propaganda politica diviene propaganda razzista*, cit., p. 2353, che a sua volta richiama le osservazioni critiche prospettate da M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione*, cit., p. 959.

³⁰⁷ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 203.

³⁰⁸ Il genocidio ruandese del 1994 fu uno dei più sanguinosi episodi della storia del XX secolo, le cui cause sono da ricercarsi nelle divisioni etniche interne al Paese, opera del dominio coloniale europeo. In Ruanda erano originariamente presenti tre gruppi etnici: i Tutsi (anche conosciuti come Watutsi o Watussi), prevalentemente allevatori e pastori, giunti dall'Uganda e dall'Etiopia intorno al XV secolo; gli Hutu (altresi noti come Wahutu), dediti prevalentemente all'agricoltura e giunti dal Ciad; e i Twa, un popolo pigmeo spesso alleato con i Tutsi. Questi tre gruppi etnici convivevano da almeno cinque secoli e condividevano la stessa lingua, cultura e religione. Sebbene i Tutsi fossero solitamente più ricchi (in quanto allevatori e pastori, possedevano

realtà, individuare l'esatto confine tra parole cattive e azioni criminose, tra parole puramente odiose e parole che incitano ad uccidere. Questo compito è stato affidato al Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda (TPIR) che, analogamente al Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, si è trovato a svolgere una funzione di creazione normativa molto significativa, data l'assenza di precedenti giurisprudenziali in materia.

Nonostante le indescrivibili atrocità commesse dagli Hutu nei confronti della popolazione Tutsi, si può dire che il TPIR abbia mantenuto un certo distacco nel giudicare i fatti. Di fronte ad una simile tragedia dell'umanità, infatti, la tentazione sarebbe stata quella di imporre forti limitazioni alla libertà di parola, ricercando un "capro espiatorio", un colpevole ad ogni costo. Atteggiamento sicuramente comprensibile, quest'ultimo, ma non altrettanto giustificabile dal punto di vista giuridico, poiché sottovaluta l'importanza degli altri diritti in gioco e impedisce il libero confronto delle opinioni, ricreando una situazione analoga a quella che si disapprova. Al TPIR, invece, va dato il merito di aver quantomeno tentato di demarcare il confine fra parole ripugnanti, ma consentite, e parole che incitano alla persecuzione e/o al genocidio, sebbene si sia dovuto attendere il giudizio d'appello per addivenire ad una decisione pienamente condivisibile ⁽³⁰⁹⁾.

bestiame e pascoli), essi svolgevano un ruolo sociale complementare a quello degli Hutu. La differenza tra i due gruppi, quindi, riguardava solo lo *status* sociale e non aveva alcuna connotazione razziale. Tuttavia, con l'arrivo dei tedeschi e dei belgi, le cose cambiarono. Gli europei, forti delle teorie fisiognomiche di retaggio ottocentesco, preferirono appoggiarsi ai Tutsi che, essendo alti, magri, di carnagione più chiara e più ricchi, si avvicinavano maggiormente agli *standard* occidentali. Da qui la scelta di integrarli nell'amministrazione coloniale, come uomini di fiducia dei colonizzatori. Furono quindi gli europei ad introdurre in Ruanda il concetto di razza, con la decisione di inserire l'etnia di appartenenza (Hutu e Tutsi) nei documenti di identità. Negli anni Cinquanta, il malcontento provocato dallo sfruttamento coloniale portò gli Hutu a ribellarsi ai Tutsi, nei cui confronti ebbe inizio una serie di persecuzioni razziste e vendette, poi culminate nel tristemente noto genocidio del 1994: dal 6 aprile al 16 luglio di quell'anno vennero massacrati circa un milione di persone.

³⁰⁹ Le tappe salienti del c.d. processo ai *mass media* sono ampiamente descritte e commentate da C. HENDERSON, *Mera propaganda o arma di genocidio? Ruanda: il caso dei "media dell'odio" (parte I)*, in *Cass. pen.* 2009, f. 6, p. 2654; ID., *Mera propaganda o arma di genocidio? Ruanda: il caso dei "media dell'odio" (parte II)*, in *Cass. pen.* 2009, f. 9, p. 3617.

a) La sentenza di primo grado.

Per valutare se l'impatto di certe espressioni sull'uditorio era stato tale da comunicare un appello allo sterminio, il Tribunale di primo grado ha analizzato il contesto dei fatti, soffermandosi soprattutto sull'ambiente semantico-culturale che faceva da sfondo ai messaggi trasmessi da radio RTLM e dalla rivista Kangura, le principali imputate della propaganda razzista. In particolare, la circostanza che RTLM rivelasse i nomi e i nascondigli dei Tutsi (chiamati "inyenzi", ossia "scarafaggi"), così come il fatto che Kangura avesse pubblicato un elenco di soldati Tutsi, con i nomi dei rispettivi figli e l'appello ad "organizzare la vostra autodifesa", erano stati considerati comportamenti idonei ad integrare la fattispecie di incitamento. *Idem* dicasi per la pubblicazione dei 19 comandamenti del Tutsi (un fittizio manifesto di superiorità etnica) e per il significato implicito della c.d. "propaganda degli specchi", consistente nell'attribuire agli altri quello che si intende fare in prima persona. La lettura fin qui svolta dal Tribunale di primo grado appare senza dubbio convincente, poiché analizza a dovere il contesto in cui si erano svolti i fatti e le modalità con cui venivano trasmessi i programmi radiofonici: un vero e proprio "bombardamento" degli ascoltatori, non molto diverso da una tecnica di manipolazione delle coscienze. Nella propaganda illecita, infatti, non viene in evidenza solo un elemento qualitativo (il tipo di espressioni usate), ma anche un aspetto quantitativo (la ripetitività del messaggio propagandato). In altre parole, ciò che andrebbe vietato non è tanto «la propaganda, ma piuttosto *l'eccesso di propaganda*, la creazione di una posizione egemone che giunga a zittire o a soffocare le altre voci», così come andrebbe punita «ogni comunicazione che sia o tenda a diventare monolitica, ossessiva, oppressiva, che in breve sia rivolta a estorcere il consenso, più che a procurarselo attraverso ragionamenti argomentati»⁽³¹⁰⁾.

Tuttavia, nel sottolineare l'importanza dell'effetto delle parole sugli ascoltatori, il Tribunale di primo grado ha individuato un nesso tra discorso e azione più simile alla prevedibilità che non alla causalità, affermando che il nesso causale non è un elemento essenziale del reato di incitamento a commettere genocidio,

³¹⁰ M. AINIS, *Valore e disvalore della tolleranza*, cit., p. 436, che riprende, a sua volta, quanto dichiarato da C. cost. nelle sentenze n. 9 del 4 febbraio 1965 e n. 84 del 2 aprile 1969, entrambe reperibili su www.cortecostituzionale.it, per cui ad essere illecita non è tanto la propaganda in sé, quanto ogni «indiscriminata pubblica propaganda», ossia tale da risultare «veramente notevole».

perché tale reato è *talmente grave* che «l'incitamento a commettere un crimine del genere deve essere punito *in quanto tale*, anche se (...) non ha prodotto il risultato perseguito da chi ha posto in essere la condotta» (311). Una simile affermazione può essere condivisa solo in parte, poiché si appella all'atrocità del crimine di genocidio per giustificare l'incapacità di condurre un accertamento appropriato sulla sussistenza dell'evento e del nesso causale che lo lega alla condotta di propaganda. Sostenendo che le parole, di per sé, sono sufficienti ad integrare una condotta di persecuzione penalmente rilevante, il Tribunale ruandese di primo grado ha attirato su di sé le critiche degli studiosi americani del Primo Emendamento che – come era prevedibile – hanno messo in discussione la competenza di quei giudici a decidere sulla delicata tematica dell'*hate speech* (discorsi d'odio). Nonostante gli sforzi, i giudici non sono riusciti ad individuare univocamente quali discorsi avessero trapassato il confine tra coscienza etnica ed odio etnico, ed hanno finito per considerare alla stessa stregua la propaganda e gli appelli allo sterminio (312), ciò comportando il rischio di «qualificare qualsiasi forma d'espressione patriottica, pronunciata dai *mass media* in periodo di guerra, quale reato al termine del conflitto» (313).

b) Il giudizio d'appello.

Gli appellanti, nell'impugnare la sentenza di condanna pronunciata nei confronti dei dirigenti e dei redattori di Kangura e di RTLM, ritenuti responsabili del reato di persecuzione come crimine contro l'umanità, hanno sostenuto che il mero discorso d'odio non può integrare una fattispecie delittuosa e che la propaganda priva di incitamento non è in grado di raggiungere il livello di gravità richiesto per l'accertamento di un crimine contro l'umanità.

Investita della questione, la Corte d'appello ha dimostrato di condividere gli argomenti difensivi di cui sopra e, facendo proprio il concetto di incitamento

³¹¹ Akayesu (Tribunale di primo grado) No TPIR-96-4-T (2 settembre 1998) [562].

³¹² Così J.M. BIJU-DUVAL, "*Hate Media*" – *Crimes Against Humanity and Genocide: Opportunities Missed by the International Criminal Tribunal for Rwanda*, in AA. VV., *The Media and the Rwanda Genocide*, a cura di A. THOMPSON, 2007, p. 349.

³¹³ C. HENDERSON, *Mera propaganda o arma di genocidio?*, cit., p. 2667. Nello stesso senso si esprime ZAHAR, *The ICTR's "Media" Judgment and the Reinvention of Direct and Public Incitement to Commit Genocide*, in *Criminal Law Forum* 2005, vol. 16, p. 45.

teorizzato dagli studiosi del Primo Emendamento, ha statuito che il discorso d'odio che non inciti direttamente alla commissione del genocidio non è meritevole di condanna. Sulla base di questa affermazione, i giudici di secondo grado hanno poi provveduto ad analizzare, uno ad uno, i messaggi radiofonici trasmessi prima e durante il genocidio dei Tutsi, enucleando quelli che avevano trapassato il confine della mera promozione dell'odio, per poi sfociare nell'incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio. Fra questi vi erano gli appelli all'uccisione degli "scarafaggi", descritti richiamando i tratti tipici dei Tutsi, nonché le esortazioni a sterminare gli stessi dalla faccia della terra e a continuare gli assassini affinché le generazioni future potessero chiedere, a distanza di tempo, come era fatto un Tutsi. Si è invece deciso di non incriminare i meri discorsi d'odio e, in particolare, l'avvertimento che tutti i Tutsi volevano derubare gli Hutu, le riflessioni sarcastiche sui Tutsi tese ad accendere risentimenti nei loro confronti, l'esortazione agli ascoltatori a proteggersi e ad essere vigilanti, e le chiamate ad imbracciare le armi contro gli "scarafaggi", quando però non era chiaro se questo termine fosse riferibile ai Tutsi ⁽³¹⁴⁾. In sostanza, la Corte d'appello ha limitato la configurabilità del reato di incitamento alle sole chiamate allo sterminio che fossero esplicite o irrefutabilmente ed inequivocabilmente implicite. Al contrario, ha affermato che un semplice discorso d'odio, in assenza di ulteriori azioni discriminatorie, non è suscettibile di integrare un crimine.

Finché le parole restano "soltanto parole", senza sconfinare nell'incitamento (che, di fatto, si risolve in un'azione), non possono essere punite. Alla Corte d'appello ruandese va quindi dato il merito di aver tracciato con fermezza il non sempre visibile confine tra parole cattive e azioni criminose, riconoscendo la necessità di soddisfare due esigenze contrapposte: la protezione della libertà d'espressione da una lato e la criminalizzazione degli atti di genocidio dall'altro.

³¹⁴ Nahimana et al. v. Pubblico Ministero (Corte d'appello) No TPIR-99-52-A (28 novembre 2007) da par. 741 a par. 756.

2.3. Sull'opportunità di mantenere la previsione normativa *de qua* nel nostro ordinamento.

La propaganda razziale lede il principio della pari dignità sociale, mettendo in discussione tutti i valori che stanno alla base di un paese civile. Nel contempo, però, si è visto che anche la sua incriminazione entra in collisione con i principi cardine di un paese democratico, primo fra tutti quello sancito dall'art. 21 Cost. Del resto, non è un luogo comune affermare che la dignità umana raggiunge la sua massima espansione quando all'individuo è consentito di esprimersi liberamente ⁽³¹⁵⁾. E non convincono i tanti argomenti volti a sostenere la necessità di una simile fattispecie criminosa, come quello per cui la propaganda inculcatrice dell'odio razziale andrebbe punita nella stessa ottica "preventiva" che sancisce la punibilità dei singoli atti discriminatori. Ragionando in questi termini, infatti, si confondono due concetti ben distinti, posto che una cosa sono gli *atti*, mentre altra cosa è la diffusione di *idee* attraverso le *parole*. Se, alla lunga, l'*hate speech* può sfociare in reazioni violente, non è detto che sia sempre così. Pertanto, la remota possibilità che ciò accada non può giustificare l'incondizionata repressione di una propaganda basata sull'odio razziale, per quanto essa sia riprovevole e fastidiosa. Autorevole dottrina ha affermato che, «se si vuole la libertà, se ne devono necessariamente accettare tutti i rischi» ⁽³¹⁶⁾. La possibilità che un discorso odioso degeneri in un'azione violenta è un rischio che bisogna correre in un sistema come il nostro, che si fa paladino della libertà di manifestazione del pensiero.

Inoltre, non va sottovalutato che la propaganda e, più in generale, la diffusione di idee, sono il sale della democrazia, che vive del dibattito, del confronto e dello scambio di opinioni politiche, etiche e sociali. Decidendo di ricorrere allo strumento penale, quindi, non solo si frustra questo indispensabile dialogo, ma si rischia di imporre un'idea dominante, reprimendo nel contempo ogni opinione ad essa difforme. In altri termini, «si rischia che la pena venga ad

³¹⁵ Al riguardo, è opportuno citare nuovamente J.R. SEARLE, *Social Ontology and Free Speech*, cit., per il quale «parlare è più fondamentale che altre naturali inclinazioni, poiché (...) noi raggiungiamo la nostra piena dignità (...) quando esercitiamo le nostre capacità espressive».

³¹⁶ D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero*, cit., p. 198.

assumere il ruolo di dare un segnale e diventi una “pena simbolo”⁽³¹⁷⁾, con la conseguenza che la legge penale non viene più a punire determinati comportamenti, ma ad elaborare valori e norme di coscienza»⁽³¹⁸⁾, confondendo nuovamente due piani che invece andrebbero tenuti distinti, vale a dire l’etica e il diritto. E questo perché, se un discorso razzista è certamente riprovevole e immorale, ciò non basta a farne un fatto penalmente vietato. Del resto, è lo stesso principio di frammentarietà a ricordarcelo⁽³¹⁹⁾.

L’opzione di criminalizzare la propaganda razziale, peraltro, contrasta anche con il principio di *extrema ratio*, che impone di riconoscere al diritto penale carattere sussidiario, dovendosi ricorrere ad esso solo quando gli altri strumenti di tutela extrapenale risultino insufficienti e inefficaci per la salvaguardia del bene da tutelare. Per le ragioni già esaminate, quindi, la risposta penale non sembra essere quella più idonea a colpire le condotte di propaganda, risultando preferibili strade alternative. La circostanza che il bene “offeso” sia un bene di alto livello come la dignità umana, infatti, non basta da sola a far scattare la sanzione penale⁽³²⁰⁾. Per scegliere di criminalizzare un comportamento, invece, bisogna guardare ad una molteplicità di criteri che – come già rilevato – la fattispecie di propaganda razzista non è in grado di soddisfare.

Da qui il suggerimento – pienamente condivisibile – di abbandonare lo strumento penale per ricorrere alla sanzione amministrativa: «una alternativa ragionevole alla pena»⁽³²¹⁾ che, grazie ad una maggior tempestività ed effettività, si dimostra più idonea sotto il profilo della deterrenza e ugualmente efficace in termini di prevenzione speciale e generale, «senza peraltro avere

³¹⁷ Sull’accezione di “legislazione penale simbolica”, ove il ricorso alla sanzione penale sarebbe giustificato prevalentemente dalla volontà di riconfermare gli interessi tutelati (in questo senso, v. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 382), v. *supra* cap. I, nota 26.

³¹⁸ F. SALOTTO, *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione*, cit., p. 167

³¹⁹ Sul punto v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2006, p. 31, per cui, in base al principio di frammentarietà, «l’area del penalmente rilevante non coincide con quella di ciò che è moralmente riprovevole».

³²⁰ In questo senso, v. soprattutto G. FIANDACA, *Il “bene giuridico” come problema teorico e come problema di politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1982, p. 73, per il quale l’importanza del bene messo in pericolo non comporta automaticamente l’obbligo di creare norme penali *ad hoc* finalizzate a salvaguardarlo.

³²¹ F. SALOTTO, *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione*, cit., p. 179.

attitudine stigmatizzate e il pesante costo individuale che, in alcuni casi, può produrre effetti negativi maggiori rispetto ai benefici di tutela»⁽³²²⁾.

Più azzardata, invece, appare la proposta di effettuare un'operazione selettiva delle manifestazioni cui attribuire rilevanza penale⁽³²³⁾. In sostanza, si vorrebbe riservare lo strumento penale a quelle fattispecie di propaganda rispetto alle quali la sanzione amministrativa si dimostri insufficiente. Per selezionare tali condotte si dovrebbe tener conto dei contenuti, dei mezzi impiegati, della posizione di chi parla, del pubblico cui il messaggio è diretto. Già si è visto, però, come l'analisi del contesto comporti un margine di discrezionalità molto elevato. Ciò che è percepito da taluni come un fatto particolarmente grave, per altri può apparire più lieve e quindi passibile di sanzione amministrativa. Il rischio è quello di trattare fatti uguali in maniera diversa, disattendendo sia il principio di eguaglianza sia quello di ragionevolezza. Senza sottovalutare tutte le complicazioni derivanti da una fattispecie "camaleontica" che, a seconda della sua gravità, sarebbe suscettibile di assumere sia la qualifica di illecito amministrativo, sia quella di reato. Se poi lo strumento penale, che in questa prospettiva dovrebbe essere l'eccezione, diventasse la regola, tornerebbero a ripresentarsi tutti i problemi fin qui riscontrati.

Alla luce di queste considerazioni, quindi, non resta che optare per la sola sanzione amministrativa, in quanto più consona ad arginare un fenomeno – sicuramente riprovevole, ma non per ciò solo criminalizzabile – come quello della propaganda razzista.

³²² Così si esprime F. SALOTTO, *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione*, cit., p. 179, richiamando a sua volta F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi Delitala*, I, Milano 1984, p. 99 e ss.

³²³ Anche questo suggerimento – cui l'Autrice dà molto credito – è di F. SALOTTO, *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione*, cit., p. 180, la quale ritiene che «per punire la propaganda razziale le sanzioni amministrative possano rappresentare la regola e che lo strumento penale, invece, possa essere impiegato per le ipotesi più "gravi", che si caratterizzano per il loro particolare disvalore».

CAPITOLO TERZO

PAROLE CHE DIFENDONO O ESALTANO

DOTTRINE E FATTI ILLECITI

L'APOLOGIA

SOMMARIO: 1. L'apologia *ex art.* 414, comma 3, c.p. – 1.1. Una fattispecie controversa. – 1.2. L'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale (sent. n. 65 del 1970). – 1.3. Critiche all'intervento della Corte costituzionale. – 1.4. L'aberrante pronuncia della Cassazione sull'apologia di genocidio (Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985). – 1.5. La svolta del 2001: un argine alla deriva interpretativa in tema di apologia di genocidio. – 1.6. L'intervento riformatore del 2006: un'altra occasione persa. – 2. L'apologia del fascismo e le manifestazioni fasciste (artt. 4 e 5, l. n. 645 del 20 giugno 1952). – 2.1. Due fattispecie molto discusse. – 2.2. Gli interventi della Corte costituzionale in tema di apologia e di manifestazioni fasciste. – a) La sentenza n. 1 del 1957 sull'apologia del fascismo. – b) Le sentenze n. 74 del 1958 e n. 15 del 1973 sulle manifestazioni fasciste. – 2.3. Norme ancora attuali o inutili relitti storici? – 2.4. Profili di diritto comparato: manifestazioni naziste nel villaggio di Skokie.

1. L'apologia *ex art.* 414, comma 3, c.p.

Mentre la propaganda si esaurisce nell'espressione pubblica del proprio pensiero circa idee e dottrine, con la sola intenzione di diffonderle, l'apologia si caratterizza per un più forte impegno dell'agente nell'esaltazione di fatti e persone, con la finalità di suggestionare gli animi. L'apologeta, però, nel manifestare la propria convinta adesione all'episodio rievocato, si ripromette di incidere soltanto sull'intelletto dei destinatari, senza stimolarne la volontà, come invece fa l'istigatore ⁽³²⁴⁾.

³²⁴ A tal riguardo, G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, cit. p. 1 afferma che «mentre l'istigazione tende ad attivare la volontà del soggetto istigato, l'apologia è diretta alla sfera intellettuale del destinatario per far sorgere la determinazione volitiva». Altrettanto precisa è la distinzione tracciata da E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine*

L'apologia ⁽³²⁵⁾, dunque, si pone a metà strada tra la propaganda e l'istigazione: pur avendo un nucleo comune ad entrambe le fattispecie, rispetto alla prima essa presenta un *quid pluris*, che si sostanzia in una più convinta adesione ai fatti esaltati, ma è carente di quella spinta ad attivare la volontà del destinatario, che invece si ritrova nell'istigazione.

Il nostro ordinamento conosce tre ipotesi di apologia: l'apologia di delitto *ex art.* 414, comma 3, c.p., l'apologia del fascismo, di cui all'art. 4, l. n. 645 del 1952, e l'apologia di genocidio *ex art.* 8, l. n. 962 del 1967. Si tratta di fattispecie indubbiamente controverse, ascritte nel novero dei meri reati di opinione che, proprio per la loro natura e per la loro manifesta incompatibilità con i principi costituzionali, sono state oggetto delle più svariate pronunce giurisprudenziali.

In prima battuta, è nostra intenzione soffermarci sulla fattispecie codicistica che, nonostante le aspre critiche dottrinali e la questione di legittimità sollevata dinnanzi al Giudice delle leggi, continua imperterrita a permanere nel nostro ordinamento, prevedendo addirittura la pena della reclusione da uno a cinque anni per “chi pubblicamente fa l'apologia di uno o più delitti”.

1.1. Una fattispecie controversa.

Nonostante l'entrata in vigore della Costituzione e l'affermazione del principio di libera manifestazione del pensiero, sull'ipotesi normativa di apologia si è imperniata per quasi vent'anni una prassi giudiziaria apertamente repressiva del dissenso politico, in netto contrasto con i valori fondanti di uno Stato democratico. La pronuncia giurisprudenziale che

pubblico, cit., p. 31, per il quale «con l'apologia si esprime ad altri un giudizio positivo di valore, rispetto ad un comportamento che la legge prevede come reato; con l'istigazione si opera sulla psiche di altri, rappresentando motivi d'impulso o eliminando motivi inibitori, per indurre a commettere reati». È dello stesso avviso R. Dolce, voce *Istigazione a delinquere*, cit., p. 995, per il quale «“istigare” significa eccitare, provocare a compiere un atto, mentre “fare apologia” è sinonimo di manifestazione di un pensiero che si concretizza nella esaltazione, nella difesa, nella lode o anche soltanto nell'approvazione, sia di un fatto sia del suo autore».

³²⁵ Dal greco, ἀπό λόγος, che significa “esposizione di ragioni a favore di una persona o di una dottrina confutando le critiche”; “discorso a difesa o esaltazione di una dottrina religiosa o politica” (v. G. DEVOTO – G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Firenze 1979, p. 71).

meglio riassume l'intransigenza di questo atteggiamento è la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 18 novembre 1958, definita come «una delle interpretazioni della norma incriminatrice più drastiche e severe che sia dato immaginare», ispirata all'idea di «realizzare ad ogni costo la più integrale e inflessibile protezione di quel bene [ossia l'ordine pubblico] concepito nel modo più lato, senza riserve di sorta, senza sfumature»⁽³²⁶⁾.

La dottrina dell'epoca⁽³²⁷⁾ tendeva a ravvisare nell'apologia un reato di mera condotta e di pericolo presunto, per cui il giudice doveva limitarsi ad accertare il semplice fatto che l'apologia fosse tenuta in pubblico, a nulla rilevando l'effettiva probabilità che essa degenerasse nell'immediata commissione di atti delittuosi, o anche solo riuscisse a persuadere taluno dell'opportunità di compierne in futuro. Nel contempo, però, la teoria dominante affermava la necessità che il discorso apologetico avesse quantomeno una portata suggestiva, tale da indirizzare al compimento di fatti delittuosi. Per questo, si era soliti ritenere che l'apologia fosse una forma di «istigazione indiretta». Seppur criticabile sotto molti aspetti, la lettura fornita dalla dottrina era indubbiamente innovativa per l'epoca e avrebbe potuto costituire una buona premessa per un'interpretazione adeguatrice, che riallineasse la fattispecie al dettato costituzionale.

Senonché, questo processo evolutivo ha subito un forte arresto – se non, addirittura, una regressione – in seguito al suddetto intervento delle Sezioni Unite che, dopo aver ribadito il carattere formale e di mero pericolo presunto del reato *de quo*, hanno spogliato del tutto la figura dell'apologia, privandola di qualunque proiezione intenzionalmente orientata verso l'atto delittuoso. In questa prospettiva, quindi, per aversi apologia basterebbe «aderire spiritualmente» a un fatto accaduto o «approvarlo con convinzione», anche qualora quei discorsi non abbiano alcuna finalità dinamica, non siano cioè orientati alla commissione di atti contrari alla legge. Né si richiede una «rievocazione esaltatrice» del fatto criminoso o una sua «glorificazione». Inutile dire che, ricorrendo a questa formulazione

³²⁶ G. BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1960, p. 184.

³²⁷ B. CAVALIERI, *La posizione logico-sistemica dell'istigazione nel codice penale*, in *Arch. pen.* 1953, p. 301; P. DI VICO, *Il delitto di apologia*, in *Annali dir. e proc. pen.* 1936, V, pp. 389, 794, 795; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Torino 1950, p. 151.

esageratamente ampia, diventano punibili tutte le apologie: dal «severo libro di storia» all'«eccitante *pamphlet* politico», tutto è idoneo a commettere reato, «sol che si aggiunga alla narrazione di un fatto delittuoso qualche aggettivo di convinto elogio» (328).

Continuando nell'esame della sentenza, l'atteggiamento della Cassazione si fa – se possibile – ancora più intransigente. In particolare, la Suprema Corte statuisce che «non vale a escludere il reato la natura peculiare dei motivi che ispirarono l'episodio elogiato e con riguardo ai quali la rievocazione apologetica è stata compiuta» (329). Questa affermazione si pone in evidente antitesi con quanto disposto dall'art. 62, n.1, c.p., che accorda una diminuzione di pena al reato commesso “per motivi di particolare valore morale o sociale”: può infatti accadere che un fatto di reato sia portatore anche di valori etico-sociali positivi, oltre che del disvalore tipicamente connesso all'illecito penale. Ciò premesso, affinché sussista il delitto di cui all'art. 414, comma 3, c.p., non basta la generica esaltazione di un episodio criminoso, ma è necessario che «il discorso apologetico sia obiettivamente diretto (ed idoneo) all'esaltazione *dello specifico disvalore giuridico-penale* – riflesso nell'incriminazione – che costituisce il vero oggetto dell'apologia di delitto» (330). Pertanto, la difesa di un fatto delittuoso, che sia stata compiuta con esclusivo riguardo a quei profili di esso che esprimono un valore etico-sociale positivo, non potrà integrare gli estremi dell'apologia. Basti pensare all'esaltazione del tirannicidio, che non costituisce certo apologia del delitto di omicidio, ma tende piuttosto a glorificare il fatto in sé della liberazione dall'oppressione tirannica. La Cassazione, invece, non opera alcuna distinzione in merito ai motivi della condotta e sancisce lapidariamente che la manifestazione di un giudizio favorevole sull'episodio rievocato risulta sempre e comunque rilevante ai fini della sussistenza dell'apologia.

Inoltre, come se non bastasse, il Supremo Collegio provvede ad estendere ulteriormente l'accezione di apologia: vi riconduce «la difesa elogiativa di un fatto che al presente la legge considera criminoso, ma che tale non era per

³²⁸ G. BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali*, p. 189.

³²⁹ Cass. pen., sez. un., 18 novembre 1958, Colorni, in *Giust. pen.* 1959, p.te II, p. 939 e in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1960, p. 183.

³³⁰ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 50.

il diritto del tempo in cui (...) fu commesso», e qualifica come apologeta «anche chi faccia la difesa del fatto criminoso ignorandone la obiettiva illiceità penale», precisando che «non esclude il reato di apologia la circostanza che il fatto difeso risalga a epoca lontana o addirittura remota» (331). Il risvolto di queste affermazioni è a dir poco paradossale: stando ad esse, infatti, «tutta l'immensa distesa dei fatti del passato, dai tempi remoti fino ai nostri giorni, andrebbe rivalutata in termini di diritto attuale italiano» (332). Quasi che l'elogio di certi episodi, divenuti ormai soltanto storia, possa essere veicolo di inferenze pericolose, nonostante la diversità dell'ambiente e delle condizioni in cui oggi viviamo. Con questa presa di posizione, gli Ermellini incorrono in due errori: innanzitutto, confondono la storia con il diritto, senza rendersi conto che «il giudizio storico non può in alcun modo essere registrato sul metro delle incriminazioni del diritto vigente» (333); in secondo luogo – e questo, a dire il vero, è un “errore” voluto – “dimenticano” che la difesa di un fatto storico non è altro che la manifestazione di un'opinione, «il riflesso di una più ampia visione storica, etica e politica delle vicende del nostro mondo umano» (334). Non a caso, i principali processi per apologia di delitto riguardano vicende politiche. Pertanto, quello che a prima vista potrebbe sembrare una svista risulta essere, invece, una riuscitissima operazione di controllo politico sulle opinioni: si punisce l'esaltazione di certi fatti, anche remoti, in quanto

³³¹ Cass. pen., sez. un., 18 novembre 1958, Colorni, cit.

³³² G. BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali*, p. 189, il quale rimarca le conclusioni paradossali cui perviene la decisione della Corte con una serie di esempi molto significativi. Stando ai principi enunciati dalla Cassazione – afferma l'Autore – «dovremmo considerare reato (...) l'approvazione convinta, contenuta, mettiamo, in un libro di storia, e giustificata in ragione delle esigenze della società dei tempi, della severità d'animo di qualche *pater familias* romano di cui le cronache riferiscono che punì con castighi corporali durissimi la disobbedienza di un figlio o di uno schiavo. Per essi dovremmo considerar delittuoso il caldo elogio compiuto da qualche patriottico storico del nostro Risorgimento, dello sdegno che spinse Gabriele Pepe ad affrontare in duello il Lamartine per mostrargli che l'Italia dell'Ottocento non era “terra di morti”. Per essi dovremmo considerar illeciti i versi di qualche poeta dei nostri giorni il quale approvi e faccia propri i sentimenti di spregio espressi da qualche suo predecessore di due o tre generazioni fa (per esempio, da un Gabriele D'Annunzio) nei confronti, mettiamo, di un Francesco Giuseppe, capo di stato estero, “angelo – come dice l'ingiusto verso – della forza sempiterna”; e via dicendo».

³³³ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 50.

³³⁴ G. BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali*, p. 197.

politicamente riconducibili ad alcune ideologie giudicate “scomode” da chi è al potere in quel momento ⁽³³⁵⁾.

Forti della propria funzione nomofilattica, consistente nel garantire l'uniforme interpretazione della legge, con questa pronuncia le Sezioni Unite hanno aperto la strada ad una giurisprudenza che, non solo ha confermato la severità dei principi ivi espressi, ma ne ha addirittura accentuato l'intransigenza ⁽³³⁶⁾. La dottrina ⁽³³⁷⁾, dal canto suo, cercava di correggere l'interpretazione fornita dalla Cassazione, attenuandone il rigore repressivo e formulando definizioni di apologia che fossero più ristrette e circoscritte. In particolare, ciò che destava maggiori perplessità era la scelta, giudicata dai più assurda, di colpire condotte prive di qualsiasi carica di pericolosità. Da qui la proposta – parzialmente recepita dalla Corte costituzionale – di introdurre un elemento istigatorio nell'interpretazione dell'apologia, sulla scorta di quanto già sperimentato dal diritto anglosassone quasi due secoli prima ⁽³³⁸⁾. Richiedendo l'accertamento in ogni caso di una seria pericolosità del discorso apogetico, infatti, si sarebbe ridotta l'incidenza punitiva della norma, garantendo nel contempo il pieno rispetto della libertà d'espressione: una soluzione apparentemente lineare e convincente che, però, non tarderà a

³³⁵ La stessa sentenza in commento riguardava uno scritto, apparso sul quotidiano “L'Unità” del 26 giugno 1954 che, sotto il titolo “Bersaglieri dell'11 e popolo uniti in rivolta contro la guerra”, descriveva un episodio del 1920 e, traendo spunto dal suo anniversario, lo rievocava, indicando «l'insegnamento prezioso che ci viene da quei primi combattenti per la pace: andare avanti insieme, stare uniti, continuare la lotta fianco a fianco affinché le forze della distruzione e dell'avventura siano definitivamente sconfitte».

³³⁶ Trib. Firenze, 25 marzo 1963, in *Giur. tosc.* 1963, p. 326, per la quale l'apologia di reato può presentarsi anche sotto la specie, o «mediante la sostanza stessa di una disquisizione di carattere teoretico-filosofico o morale»; Corte d'appello di Firenze, 15 ottobre 1963, in *Foro it.* 1963, II, p. 469, per cui l'apologia si realizza quasi «automaticamente», per effetto dell'esaltazione dell'autore di un fatto criminoso; Cass. pen., 1 giugno 1964, in *Cass. pen. mass.* 1965, p. 693, che, oltre a confermare l'irrilevanza delle finalità e dei motivi della condotta, sottolinea che non può mai valere come scusa il fatto che l'agente «abbia ripetuto ciò che era stato, ancorché impunemente, scritto o detto da altri autori o scrittori sia pure scientificamente autorevoli».

³³⁷ V., per tutti, G. BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali*, cit., p. 197.

³³⁸ Nel diritto penale inglese e nordamericano, in realtà, non esiste una norma apposita per l'apologia di delitto. Ad essere incriminati sono solo i fatti di incitamento immediato o pressoché immediato al delitto. Sul punto, v. Z. CHAFEE, *Free Speech in the United States*, Cambridge 1945.

manifestare le proprie debolezze. Prima fra tutte, quella di confondere l'apologia con l'istigazione.

1.2. L'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale (sent. n. 65 del 1970).

Nel 1970, la Corte costituzionale si trova a dover decidere se l'art. 414 c.p., nella parte in cui punisce l'apologia di delitto, costituisca o meno ingiusto impedimento alla libertà di manifestazione del pensiero. Investito della questione, il Giudice delle leggi risponde con una sentenza interpretativa di rigetto, affrettandosi a precisare che «il denunciato contrasto non sussiste, ove dell'art. 414 c.p. sia data corretta interpretazione»: il divieto ivi contenuto – prosegue la Corte – non deve essere esteso «né alla critica della legislazione o della giurisprudenza, né all'attività propagandistica di singoli, partiti, movimenti, gruppi, diretta a promuovere la *deletio* di qualsiasi norma incriminatrice. Né costituisce apologia l'affermare che fatti previsti dalla legislazione vigente come delitti hanno, o possono avere, soggettivamente od oggettivamente positivo contenuto morale o sociale». L'apologia punibile ai sensi dell'art. 414 c.p., quindi, «non è la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma *solo* quella che per le sue modalità integri comportamento idoneo a provocare la commissione di delitti». Con queste affermazioni, la Corte dimostra di non condividere la rigidità di pensiero delle Sezioni Unite, ma nel contempo scarta anche la strada dell'abrogazione, come se le mancasse il coraggio di tagliare i ponti con il passato. Da qui la soluzione compromissoria di salvare la fattispecie *de qua*, riducendone la portata applicativa. Affermando che la sola apologia punibile è quella «diretta ed idonea a provocare la commissione di delitti», però, la Corte fornisce un'accezione di apologia pressoché analoga a quella di istigazione, mostrando di condividere la teoria della c.d. istigazione indiretta. Una simile scelta interpretativa ha suscitato le reazioni più disparate in seno alla dottrina: taluni studiosi ⁽³³⁹⁾ – non molti, a dire il vero – hanno condiviso l'atteggiamento conservatore della Corte; altri

³³⁹ A.C. JEMOLO, *Lo Stato può difendersi* (nota adesiva a C. Cost., 4 maggio 1970, n. 65), in *Giur. cost.* 1970, p. 1433; M. SPASARI, *Fatto e reato nella dommatica del Codice e della Costituzione*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 1991, p. 1112.

(³⁴⁰), invece, – e sono la maggioranza – hanno criticato l'intero impianto della sentenza, sempre più convinti che l'unica strada percorribile sarebbe dovuta essere quella dell'abrogazione.

Ciò premesso, prima ancora di soffermarsi sui singoli commenti alla pronuncia in esame, sarebbe opportuno considerare le formule adoperate dalla Corte per descrivere l'apologia punibile. Infatti, se ai Giudici costituzionali va dato il merito di aver sottolineato l'inammissibilità di una nozione di apologia che pregiudichi la libertà di espressione, va anche riconosciuto come le espressioni da essi impiegate (apologia come "comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti" e apologia "diretta e idonea a provocare la violazione delle leggi penali) siano risultate estremamente generiche ed elastiche, al punto da creare non pochi problemi interpretativi (³⁴¹).

In particolare, secondo una lettura più restrittiva, l'apologia punibile sarebbe solo quella che mira a far commettere *subito*, o in un momento strettamente prossimo sotto il profilo temporale, atti delittuosi. In questi termini, la Corte avrebbe limitato la sfera di punibilità alle sole espressioni che si propongono di incidere sulla volontà altrui inducendola *immediatamente* all'azione e non, semplicemente, determinando in essa propositi per il futuro. Una simile esigenza risponderrebbe al principio liberal-democratico per cui, se c'è tempo per controbattere alla parola che induce alla violazione della legge, non è necessario ricorrere alla sanzione penale; viceversa, quest'ultima si giustifica solo laddove espressioni dirette a mettere in moto *subito* l'azione non lascino

³⁴⁰ L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 265; M. CERASE, *Sull'apologia e i reati di pericolo la Cassazione fa un salto indietro*, in *Cass. pen.* 1993, p. 1718; F.P. D'URBANO, *Brevi osservazioni sull'apologia di delitto*, in *Temi Romana* 1980, p. 859; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 106; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna 2007, p. 463; E. FRONZA, *Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" in tema di apologia*, in *Cass. pen.* 2003, p. 1013; V. NAPOLEONI, *Horror vacui e false interpretazioni in tema di apologia di delitto*, in *Cass. pen.* 1981, p. 770; A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., p. 726; C. TRUCCO, *Brevi note sui più recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1982, p. 735.

³⁴¹ G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1971, p. 18, ritiene che si debba «individuare e descrivere, traendole dalla serie continua delle interpretazioni che potrebbero di per sé adattarsi alla lettera delle formule usate dalla Corte costituzionale, tre schematiche configurazioni del reato d'apologia, le quali appaiono, nella loro contrapposizione, particolarmente utili ad indicare l'ampio arco di divergenza su cui si distende la serie, e, in sé, tre diverse soluzioni di carattere per così dire tipico ed esemplare tra le interpretazioni proponibili». La stessa convinzione è condivisa da C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 109, nota 64, il quale ritiene che, nel dichiarare punibile come apologia il solo comportamento "concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti, la Corte abbia «proposto un arduo problema di interpretazione».

alla società la possibilità di contrastare verbalmente l'influenza di stimoli fomentatori di reati (342). Anziché imporre il silenzio forzato, quindi, sarebbe molto più proficuo ricorrere alla parola "buona", unico vero rimedio contro la parola "cattiva" (343).

Vi è poi una lettura intermedia, per cui la Corte, ricorrendo alle suddette definizioni, avrebbe inteso subordinare la punibilità dell'apologia all'esistenza di un pericolo meno imminente, cosicché rientrerebbe nella fattispecie *de qua* non solo il discorso che tende a far scattare subito la molla dell'azione esterna, ma anche quello che insinua nell'animo altrui il proposito di commettere un fatto che si collocherà in un futuro più o meno lontano. In quest'ottica, la sfera di punibilità risulterebbe indubbiamente più estesa rispetto a quella di cui all'interpretazione precedente. Da qui l'introduzione del requisito dell'idoneità della condotta, intesa come *probabilità* o *seria verosimiglianza* che i temuti eventi futuri stimolati dall'apologia si verifichino.

Infine, vi sarebbe anche una terza configurazione della struttura del reato di apologia che, pur attingendo al modello di cui alla seconda ipotesi, non lega il concetto di idoneità a quello di probabilità, ma richiede solamente una *ragionevole possibilità* che il fatto delittuoso indotto dal discorso apologetico abbia luogo. Secondo quest'ultima interpretazione, quindi, l'apologia sarebbe punibile anche laddove il verificarsi del fatto criminoso non fosse strettamente probabile e anche qualora le capacità persuasive dell'apologeta non apparissero particolarmente elevate, bastando la possibilità non irrilevante che le eventuali circostanze condizionanti il compimento del fatto si presentino in quel dato ambiente.

Ora, considerata l'indeterminatezza delle formule adoperate dalla Corte, non è chiaro a quale di queste tre accezioni di apologia essa volesse riferirsi. Tuttavia, un'attenta dottrina ha osservato che, se i Giudici costituzionali avessero voluto restringere la sfera di punibilità alle sole apologie dirette e idonee a provocare *immediatamente* una violazione della legge penale, essi «avrebbe[ro] dovuto fare esplicito uso di quell'avverbio limitativo della

³⁴² Il principio in questione occupa un posto d'onore nella letteratura angloamericana sulla libertà d'espressione ed è sostenuto, in particolare, da Z. CHAFEE, *Free Speech in the United States*, cit.; O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, cit.; J.S. MILL, *On liberty*, cit.

³⁴³ Per riprendere le parole di L.D. BRANDEIS, *Concurring opinion in Whitney v. California* 274 U.S. 357, 377, «*if there be time to expose the falsehood and fallacies of the speech, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence*».

fattispecie. In mancanza, e poiché la formula della direzione e dell' idoneità della condotta non esclude di per sé dalla sua sfera apologie miranti ad insinuare propositi criminosi a esecuzione differita e condizionata, quest'esclusione non ha diritto di compierla l'interprete» (344). Un simile argomento, peraltro, troverebbe conferma nel fatto che la Corte, quando definisce il bene tutelato dalla fattispecie, richiama l'esigenza di "prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica"; e in questo contesto il verbo "prevenire" giustificerebbe «anche interventi su fatti espressivi non immediatamente (in senso temporale) prodromici a reati» (345). La prevenzione dei turbamenti della sicurezza pubblica, infatti, si attua anche colpendo quei discorsi che, pur non essendo diretti a far commettere *subito* atti criminosi, mirano comunque a inculcare nell'animo dei destinatari l'opportunità, più o meno remota, di realizzarli. A fronte di queste considerazioni, quindi, il concetto di idoneità della condotta fissato dalla sentenza dovrebbe intendersi in senso lato, non essendovi traccia alcuna della necessità di un pericolo particolarmente intenso.

1.3. Critiche all'intervento della Corte costituzionale.

Ciò che emerge dalle valutazioni fin qui esposte è che la Corte costituzionale, con la pronuncia in esame, abbia inteso conferire alla norma sull'apologia una portata repressiva certamente minore rispetto a quella attribuitale dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 1958. Il Giudice delle leggi, dunque, pur avendo dimostrato di non sentirsi ancora pronto a intraprendere una strada realmente liberalizzatrice dei reati di opinione, che porti a reprimere *solo* l'elogio di un fatto criminoso compiuto con l'intento di provocare l'immediata commissione di un reato, ha comunque cercato di ridurre la sfera applicativa della disposizione in esame, che era diventata oltremodo estesa (346).

³⁴⁴ G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione*, cit., p. 26.

³⁴⁵ G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione*, cit., p. 30.

³⁴⁶ Analoghe osservazioni sono svolte da L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., p. 265, la quale ritiene che «la sentenza sull'apologia n. 65 del 1970 (...) pur avendo il torto di eludere – attraverso l'indebita assimilazione dell'apologia all'istigazione indiretta – una pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 414, ultimo comma, c.p., ha comunque avuto il merito di restringere esplicitamente la punibilità della apologia».

Non altrettanto condivisibile, invece, è apparsa la scelta – diametralmente opposta rispetto a quella della Cassazione ⁽³⁴⁷⁾ – di equiparare l'apologia all'istigazione. In particolare, riprendendo la teoria dell'apologia prevalente presso la dottrina penalistica dell'epoca ⁽³⁴⁸⁾, la Corte costituzionale richiede che l'elogio del fatto delittuoso sia compiuto dal reo allo scopo di insinuare nell'animo dei terzi modelli d'azione criminosa. Per risultare punibile, quindi, il discorso apologetico dovrebbe proporre il fatto delittuoso come un esempio da imitare e, come l'istigazione, dovrebbe essere finalizzato ad eccitare con le parole l'imitazione altrui. Sennonché, in questo modo, si finisce per trasformare l'apologia di delitto in un «doppione pedissequo» ⁽³⁴⁹⁾ dell'istigazione a delinquere, realizzando un'abrogazione tacita della fattispecie stessa ⁽³⁵⁰⁾. Infatti, se l'apologia penalmente rilevante è solo quella “diretta e concretamente idonea a provocare la commissione di reati”, e questa risulta già punibile ai sensi del primo comma dell'art. 414 c.p., che bisogno vi sarebbe di un'ulteriore previsione normativa in tal senso?

In realtà, ciò che la Corte non ha considerato è che il legislatore aveva volutamente formulato due distinte ipotesi di reato, qualificandole con due locuzioni altrettanto diverse, ossia quelle di “apologia” e di “istigazione”. E questo perché il suo intento «non era affatto quello di incriminare, *in tutti e*

³⁴⁷ V., per tutte, Cass. pen., 23 maggio 1952, in *Giust. pen.* 1952, II, p. 908, per cui l'apologia andrebbe distinta sia dall'istigazione diretta (il discorso *apertamente* rivolto a sollecitare il reato), sia dall'istigazione indiretta (il discorso che insinua, *copertamente*, per vie traverse, l'opportunità di commettere delitti).

³⁴⁸ Tra i principali sostenitori di questa teoria vanno menzionati V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 305; P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 161; G. ROSSO, voce *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino 1965, p. 153. La teoria dell'istigazione indiretta è condivisa anche da F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano 1977, II, p. 676; G. COGNETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero in materia ecclesiastica e apologia di reato*, cit., p. 276; P. DI VICO, *Il delitto di apologia*, in *Annali di dir. e proc. pen.* 1936, V, p. 389 ss.; ID., *Associazione, propaganda e apologia sovversiva o antinazionale*, in *Annali di dir. e proc. pen.* 1939, p. 923; F. ONIDA, *Intorno all'apologia di reato*, in *Foro it.* 1965, p. 5.

Tuttavia, è bene puntualizzare che la dottrina, quando configura l'apologia come istigazione indiretta, cerca sempre di accompagnare a questa qualificazione *oggettiva* della condotta apologetica almeno una diversa configurazione dell'elemento psicologico, che nell'apologia – a differenza dell'istigazione – escluderebbe la volontà di orientare altri alla commissione di delitti. La Corte costituzionale, invece, elimina anche questa differenza, realizzando un'equiparazione totale delle due fattispecie.

³⁴⁹ V. NAPOLEONI, *Horror vacui e false interpretazioni in tema di apologia di delitto*, cit., p. 774.

³⁵⁰ Negli stessi termini si esprime E. FRONZA, *Brevi note sulla teoria della “istigazione indiretta” in tema di apologia*, cit., p. 1020, la quale ritiene che la Corte costituzionale, ricorrendo all'argomento dell'istigazione indiretta, abbia convertito la norma sull'apologia in lettera morta.

due i casi, delle condotte di istigazione; ma, semmai, quello di *estendere* l'incriminazione ad *altre* manifestazioni di pensiero, che *non sono* affatto istigazione – né diretta né indiretta – a commettere reati; e che per la forma, le modalità di tempo, di luogo e di occasione (...) non potrebbero mai apparire causalmente idonee a provocare la commissione di reati»⁽³⁵¹⁾. Questa circostanza trova ulteriore conferma nel c.d. «dato storico»⁽³⁵²⁾ della norma, conosciuta appositamente per colpire condotte che, per difetto di elementi oggettivi e soggettivi, non potevano essere considerate né direttamente né indirettamente istigatorie, esaurendosi in mere approvazioni o giustificazioni di fatti contrastanti col sistema di valori dello Stato autoritario. Tuttavia, se una simile presa di posizione poteva essere comprensibile in quel dato contesto storico-politico, oggi non ha più alcun senso. Pertanto, risulta alquanto difficile comprendere l'ostinazione dei Giudici costituzionali nel mantenere in vita una disposizione ormai obsoleta, nonché lesiva di un diritto che essi stessi dovrebbero garantire. C'è chi ravvisa in questo atteggiamento ultraconservatore una sorta di *horror vacui*⁽³⁵³⁾, un immotivato timore di lacune legislative, quasi che senza certe norme il sistema potesse collassare. Ma la paura, si sa, non fa che complicare la questione, poiché in materia giuridica ogni decisione deve essere dettata dalla razionalità e non dall'emotività⁽³⁵⁴⁾. Nel caso di specie, poi, il timore di un vuoto legislativo appare veramente fuori luogo, posto che il convinto elogio pubblico di un episodio criminoso, sempreché diretto e idoneo ad eccitarne la reiterazione, ricadrebbe comunque sotto i rigori del primo comma dell'art. 414 c.p. Tutto ciò considerato, quindi, sarebbe stato decisamente preferibile espungere l'apologia dal sistema⁽³⁵⁵⁾; solo in questo modo, infatti, si sarebbe sanato quel

³⁵¹ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 106. È dello stesso avviso C. TRUCCO, *Brevi note sui più recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, cit., p. 740.

³⁵² C. TRUCCO, *Brevi note sui più recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, cit., p. 740.

³⁵³ V. NAPOLEONI, *Horror vacui e false interpretazioni in tema di apologia di delitto*, cit., p. 774.

³⁵⁴ Basti pensare agli errori commessi dal c.d. legislatore dell'emergenza che, facendosi coinvolgere emotivamente dalla problematica sociale del momento, finisce spesso per emanare norme enunciative dalla forte valenza simbolica (v. *supra* cap. I, par.1.2). Per un'attenta disamina del fenomeno in questione si rimanda a A. MANNA, *L'influenza della legislazione d'emergenza sui diritti fondamentali del cittadino: aspetti penali sostanziali*, in *Arch. pen.* 1983, p. 641.

³⁵⁵ Sono di questo avviso C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 106; E. FRONZA, *Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" in tema di apologia*, cit., p. 1020; V. NAPOLEONI, *Horror vacui e false interpretazioni in tema di apologia di delitto*, cit., p. 774; C.

punto di frizione tra il vigente ordinamento penale e i precetti costituzionali che, a tutt'oggi, limita il pieno godimento del diritto di manifestazione del pensiero, specialmente in materia politica. La Corte, invece, mancando la preziosa occasione che le si offriva per delegittimare una norma pensata appositamente per attuare un controllo ideologico sulle opinioni, non ha fatto che rimandare la soluzione dell'angustioso problema dei limiti penalistici alla libertà di espressione, consentendo alla norma sull'apologia di essere ancora utilizzata per reprimere il dissenso politico.

Quel che più disorienta, però, è che a distanza di più di quarant'anni da questa pronuncia interpretativa di rigetto nulla sia cambiato. L'apologia di reato, ora come allora, permane immutata nel nostro ordinamento. Si auspicava una riproposizione della questione di legittimità costituzionale o, quantomeno, un'interpretazione evolutiva del dato normativo, che tenesse conto del mutato assetto storico-politico del Paese ⁽³⁵⁶⁾. Queste aspettative, invece, sono state ampiamente disattese. Come si avrà modo di vedere, infatti, la giurisprudenza sembra aver preferito una lettura statica – se non addirittura involutiva – della norma, e i recenti interventi riformatori in materia di reati di opinione non hanno neppure sfiorato la fattispecie in questione. L'eventualità di una riproposizione della questione di legittimità costituzionale, poi, non è stata neppure presa in considerazione. Evidentemente, c'è ancora il timore che le basi su cui si regge il nostro ordinamento possano essere fatte vacillare da chi si limiti ad esprimere approvazione per un fatto criminoso o per un'ideologia giudicata riprovevole: un'amara conclusione, quest'ultima, per uno Stato moderno che, definendosi democratico, dovrebbe garantire all'individuo la massima libertà d'espressione.

TRUCCO, *Brevi note sui più recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, cit., p. 740.

³⁵⁶ In questo senso v. soprattutto C. TRUCCO, *Brevi note sui più recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, cit., p. 743, la quale riconosce come «le soluzioni interpretative date dalla Corte Suprema alla norma da noi esaminata non [abbiano] per nulla contribuito ad una chiarificazione né sotto il profilo sostanziale né sotto il profilo sistematico. Pertanto un'ulteriore soluzione si impone. Essa va a nostro avviso prospettata o in sede interpretativa, facendo cioè ricorso ad un'interpretazione evolutiva del dato normativo, o mediante una riproposizione della questione di legittimità».

1.4. L'aberrante pronuncia della Cassazione sull'apologia di genocidio (Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985).

Un esempio tangibile di interpretazione “involutiva” della fattispecie in esame si ritrova nella sentenza n. 507 del 1985, con cui la Corte di cassazione ha condannato per apologia di genocidio (art. 8, comma 2, l. n. 962 del 1967) ⁽³⁵⁷⁾ alcuni tifosi varesini che, nel corso di una partita di basket fra la Emerson Varese e una squadra di Tel Aviv, avevano inscenato una grossolana manifestazione di ostilità razzista, inalberando striscioni con scritte antiebraiche e scandendo motti dello stesso tenore ⁽³⁵⁸⁾. Discostandosi da un indirizzo interpretativo ormai consolidato in ordine alla punibilità dell'apologia e disattendendo gli insegnamenti della Corte costituzionale ⁽³⁵⁹⁾, gli Ermellini confezionano una pronuncia a dir poco bizzarra: premettendo che la norma sull'apologia di genocidio «non si pone nei consueti binari interpretativi dei reati di apologia», essi giustificano un simile dirottamento richiamando «la particolare, singolarissima e mostruosa forma di crimine» cui l'apologia si riferisce, ossia il genocidio; di conseguenza – proseguono i giudici – il fatto in epigrafe andrebbe sanzionato, più che per il pericolo di ingenerare un «improbabile contagio» di propositi concretamente criminosi, «per la sua *intollerabile disumanità*, per l'*odioso* culto dell'intolleranza razziale che esprime, per l'*orrore* che suscita nelle coscienze civili, ferite dal ricordo degli stermini perpetrati dai nazisti e dal calvario ancora tragicamente attuale di alcune popolazioni africane ed asiatiche» ⁽³⁶⁰⁾. Ora, come è stato correttamente rilevato, una simile ipotesi ricostruttiva risente di una «preconcetta e unilaterale enfaticizzazione della *ratio* storicamente sottesa alla l. n. 962 del

³⁵⁷ L'apologia di genocidio (art. 8, comma 2, l. n. 962 del 1967) consiste nel fatto di “chiunque pubblicamente fa apologia di alcuno dei delitti preveduti dal comma precedente”, ossia dei delitti di cui agli artt. da 1 a 5 della legge medesima, consistenti in atti diretti a commettere genocidio (art. 1), deportazione a fine di genocidio (art. 2) e relative circostanze aggravanti (art. 3), atti diretti a commettere genocidio mediante limitazione delle nascite (art. 4), e atti diretti a commettere genocidio mediante sottrazione di minori (art.5).

³⁵⁸ Per la precisione, sugli striscioni erano riportate frasi quali “Mauthausen reggia degli ebrei”; “Ebrei saponette, saponette!”; “Hitler l'ha insegnato, uccidere l'ebreo non è reato”.

³⁵⁹ C. cost., sent. n. 65 del 1970, cit. V. *supra* par. 1.2.

³⁶⁰ Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985, n. 507, Abate e altri, in *Foro it.* 1986, II, p. 20.

1967»⁽³⁶¹⁾. L'obiettivo politico-criminale di prevenire un crimine così enorme e mostruoso come il genocidio, infatti, non è sufficiente a legittimare una figura di apologia che sfugga alle regole imposte da un moderno sistema penale costituzionalmente orientato, la cui principale funzione – ci preme ribadirlo – non è quella di reprimere atteggiamenti moralmente riprovevoli, ma di prevenire comportamenti concretamente idonei a ledere o a mettere in pericolo determinati beni giuridici⁽³⁶²⁾.

La Cassazione, in sostanza, avrebbe dovuto fornire un'interpretazione del dato normativo meno "emotiva" e maggiormente orientata verso il pericolo concreto. Stando alle argomentazioni dei giudici, però, una simile lettura renderebbe altamente improbabile la verifica del fatto criminoso; essi, infatti, ritengono che «eccitare attraverso l'apologia al genocidio sarebbe, nella maggior parte dei casi, un reato impossibile se si pretendesse un qualche risultato pratico, un pericolo in qualche modo concretabile di provocazione del genocidio stesso»⁽³⁶³⁾. Sennonché, anche in questo frangente la Suprema Corte muove da una premessa inesatta, poiché nell'apologia di genocidio l'idoneità dell'azione deve essere valutata in relazione alla possibilità di provocare la reiterazione di un comportamento costituente delitto ai sensi degli artt. da 1 a 5 della legge sul genocidio e non – come ha ritenuto erroneamente la Cassazione – di cagionare la distruzione di un gruppo religioso, nazionale, etnico o razziale, quest'ultimo elemento limitandosi a caratterizzare in forma specifica l'elemento soggettivo doloso dei delitti *de quibus*. Pertanto, a fronte di questa precisazione, ben si comprende come «non sia affatto impossibile che al

³⁶¹ G. FIANDACA, *Nota a Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985, Abate e altri*, in *Foro it.* 1986, II, c. 19.

³⁶² Questa prospettiva è condivisa anche da G. GRASSO, *Genocidio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino 1991, p. 408, il quale, riprendendo a sua volta le considerazioni espresse da G. FIANDACA, *Nota*, cit. p. 21, rileva come «l'esigenza di disapprovare sentimenti intollerabili per le coscienze civili o eticamente assai riprovevoli non può apparire decisiva in un sistema penale secolarizzato, nel quale la funzione del diritto penale non può essere ritenuta quella di garantire la purezza etica di azioni o atteggiamenti interiori, ma solo quella di prevenire comportamenti lesivi (...) di beni giuridici». *Contra*, invece, S. LARICCIA, *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale nella società italiana*, in *Giur. cost.* 1986, II, p. 86, il quale ritiene che l'opinione sostenuta nella sentenza in esame sia «esatta e convincente» e che rechi «un importante contributo per una giusta soluzione» al problema dell'intolleranza razziale. Condivide l'interpretazione fornita dalla Cassazione anche G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, cit., p. 5, il quale ritiene che «l'odioso culto dell'intolleranza razziale debba essere sanzionato per la sua inaccettabile disumanità anche se il rischio di contagio di una forma di razzismo, che potremmo impropriamente definire culturale, possa ritenersi improbabile».

³⁶³ Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985, n. 507, Abate e altri, cit.

comportamento apologetico si accompagni il pericolo concreto della verifica del fatto che l'ordinamento riprova»⁽³⁶⁴⁾. E in ogni caso, anche qualora l'effettivo contagio di propositi genocidiari fosse improbabile, se ne dovrebbe dedurre che – proprio perché la norma incriminatrice risulta difficilmente applicabile nella realtà – «o sono veramente eccezionali le situazioni cui essa si riferisce (...), ovvero essa è conformata male sul piano della tecnica legislativa»⁽³⁶⁵⁾.

Quelli sopra esposti, peraltro, non sono gli unici rilievi critici che si possono muovere alla pronuncia in esame. Innanzitutto, si è constatato che l'art. 8 della legge n. 962 del 1967 inasprisce – e non di poco – il trattamento sanzionatorio previsto per gli altri fatti di apologia. Di conseguenza, questa sensibile differenza in termini di severità della pena avrebbe dovuto indurre i giudici a fornire un'interpretazione più restrittiva del dato normativo⁽³⁶⁶⁾: l'esatto contrario, invece, di quanto si legge nella sentenza in commento.

Inoltre, premesso che con la repressione dell'apologia di genocidio il legislatore nazionale è andato ben oltre gli obblighi convenzionali – la Convenzione dell'ONU del 9 dicembre 1948, infatti, si limitava a prevedere la repressione della sola istigazione *diretta e pubblica* a commettere genocidio – risulta ancora più difficile comprendere la *ratio* di un'interpretazione così drastica e severa⁽³⁶⁷⁾.

Alla Corte va poi rimproverato di aver respinto la tesi – accolta, invece, in altre pronunce – della «desemantizzazione del linguaggio, in quanto forma espressiva, nella specie ispirata dalla peculiare e momentanea esasperazione del tifo sportivo, priva di intenzionalità lesiva del bene tutelato dalla norma»⁽³⁶⁸⁾. In altre parole, la Cassazione non ha considerato il contesto della vicenda, svoltasi durante un incontro di pallacanestro in un palazzetto dello sport. In una situazione del genere, le manifestazioni razziste non avrebbero mai potuto essere univoche, confondendosi con il tifo sportivo che, per quanto

³⁶⁴ G. GRASSO, *Genocidio*, cit., p. 408.

³⁶⁵ G. FIANDACA, *Nota*, cit., p. 21. Sul punto v. anche quanto dichiarato dalla Corte suprema canadese, *R v. Zündel*, [1992] 2 S.C.R. 731, cit., che, dalla scarsa utilizzazione della norma penale, ha tratto argomento per la sua incostituzionalità, sotto il profilo che l'esperienza ne dimostrerebbe la non essenzialità per una società libera e democratica.

³⁶⁶ In questo senso v. G. FIANDACA, *Nota*, cit., p. 21; G. GRASSO, *Genocidio*, cit., p. 408.

³⁶⁷ Sul punto v. G. GRASSO, *Genocidio*, cit., p. 408; M. PISANI, *L'apologia di genocidio in Cassazione*, in *Indice pen.* 1986, p. 151 e s.

³⁶⁸ M. PISANI, *L'apologia di genocidio in Cassazione*, cit., p. 151.

volgare e sgradevole, resta comunque e soltanto tifo. Senza dimenticare, peraltro, che lo stadio è un microcosmo, un luogo a parte, in cui è generalmente «accettato che possa succedere ciò che all'esterno non sarebbe possibile» (369). Si può quindi affermare che nel caso di specie «mancavano (...) le condizioni obiettive atte a conferire agli *slogans* e ai simboli antiebraici quella valenza significativa davvero idonea a ingenerare un plausibile pericolo anche di semplice crescita del pubblico consenso a favore dell'antisemitismo attivo» (370).

1.5. La svolta del 2001: un argine alla deriva interpretativa in tema di apologia di genocidio.

Bisogna attendere il 2001 per registrare un deciso mutamento di rotta rispetto al rigorismo interpretativo imposto dalla Cassazione con la decisione del 1985. Rompendo la «deriva interpretativa» (371) rappresentata da quest'ultima pronuncia, la Corte d'assise di Milano, con la sentenza del 14 novembre 2001, segna una svolta positiva nella giurisprudenza sull'apologia di genocidio, dimostrando di aderire alla lettura costituzionalmente orientata già prospettata dal giudice delle leggi nel 1970 (v. *supra* par. 1.2). In particolare, i giudici milanesi, premettendo che «l'apologia di genocidio punibile è solo quella che, per le modalità, le caratteristiche dei destinatari ed il particolare momento storico-politico in cui si svolge, costituisce comportamento *concretamente idoneo* a provocare la commissione del fatto esaltato» (372), assolvono dal contestato reato di apologia di genocidio il sindaco di un Comune che, intervistato da un giornalista, aveva espresso frasi di approvazione per l'operato di Hitler (373). Nell'esprimere queste valutazioni, quindi, la Corte d'assise prende le distanze dall'atteggiamento fortemente repressivo

³⁶⁹ F. ALFIERI, *Ragazzi di stadio. Indagine promossa dall'Assessorato allo sport, gioventù e tempo libero del Comune di Torino*, Milano 1979.

³⁷⁰ G. FIANDACA, *Nota*, cit., p. 21.

³⁷¹ E. FRONZA, *Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" in tema di apologia*, cit., p. 1014.

³⁷² Corte d'assise di Milano, 14 novembre 2001 (dep. 23 novembre 2001), Cucullo, in *Dir. e proc. pen.* 2003, p. 1921, con nota adesiva di S. FIFI, *Nuovo orientamento giurisprudenziale per l'apologia di genocidio*.

³⁷³ Per la precisione, l'imputato aveva detto: "Hitler è stata la persona più intelligente del mondo. Ma i tedeschi, che pure sono esseri superiori, hanno sbagliato. Gli ebrei, dovevano friggerli tutti".

manifestato dalla Cassazione nel 1985 e dimostra di preferire la teoria dell'istigazione indiretta affermata dalla Corte costituzionale. Anche quest'ultima dottrina, però, si espone a non poche critiche e – come già si è visto – non fa che eludere il problema reale: pur mostrando una volontà politico-criminale orientata in senso corretto (ovvero in un'ottica di riduzione dell'ambito di punibilità dell'apologia), sceglie la strada del compromesso anziché quella dell'abrogazione; e in ciò sbaglia (e non di poco), perché «se la punizione di un pensiero (...) collide totalmente con gli ideali su cui si fonda un moderno stato democratico (...), il rendere compatibile la punizione del mero pensiero con l'art. 21 Cost. non deve dare luogo a una soluzione compromissoria, bensì all'abrogazione da parte del legislatore della norma incriminatrice in esame», unica opzione, quest'ultima, capace di rafforzare la cultura democratica senza ricorrere ad inutili argomenti retorici ⁽³⁷⁴⁾.

1.6. L'intervento riformatore del 2006: un'altra occasione persa.

Il caotico quadro giurisprudenziale sin qui esposto prova che dal 1958 ad oggi, in tema di apologia, si è assistito ad un alternarsi di decisioni di segno completamente opposto, tutte accomunate, però, dalla medesima volontà di preservare sempre e in ogni caso una figura delittuosa che, dal punto di vista costituzionale, risulta invece «insalvabile» ⁽³⁷⁵⁾.

La Corte costituzionale, l'unica che avrebbe avuto i mezzi e le possibilità per “disfarsi” di una simile fattispecie, non se l'era sentita di procedere in tale direzione, assalita da un *horror vacui* che le ha impedito di tagliare i ponti con il passato. Da qui l'*escamotage* di ricorrere alla tesi dell'istigazione indiretta, una soluzione compromissoria che, celatamente, ha convertito in lettera morta la figura dell'apologia, pur senza eliminarla esplicitamente.

Sta di fatto, però, che l'apologia è rimasta ancorata al nostro ordinamento, alla mercé di un interprete schizofrenico, che talora non esita ad assumere un atteggiamento esageratamente repressivo.

³⁷⁴ E. FRONZA, *Brevi note sulla teoria della “istigazione indiretta” in tema di apologia*, cit., p. 1021.

³⁷⁵ E. FRONZA, *Brevi note sulla teoria della “istigazione indiretta” in tema di apologia*, cit., p. 1021.

Va da sé che, in assenza di una riproposizione della questione di legittimità costituzionale, tutte le speranze erano riposte nella legge di riforma dei reati di opinione. Ma anche questa strada si è rivelata deludente: il legislatore del 2006, infatti, non ha neppure sfiorato la figura dell'apologia, che permane immutata nel nostro ordinamento, sia a livello codicistico (art. 414, comma 3, c.p.), che nella legislazione speciale (art. 4, l. n. 645 del 1952 e art. 8, comma 2, l. n. 962 del 1967). Senza dimenticare l'introduzione, ad opera della l. n. 155 del 2005 ⁽³⁷⁶⁾, di un'ulteriore ipotesi speciale di apologia, relativa ai delitti di terrorismo e ai crimini contro l'umanità (art. 414, comma 4, c.p.): l'ennesimo esempio di legislazione simbolico-emergenziale che, con la pretesa di garantire una maggior sicurezza ai cittadini, non fa che sacrificare ulteriormente la loro libertà d'espressione.

2. L'apologia del fascismo e le manifestazioni fasciste (artt. 4 e 5, l. n. 645 del 20 giugno 1952).

Le sanzioni contro il fascismo traggono origine da una serie di accordi internazionali stipulati in seguito al secondo conflitto mondiale, tra cui la Convenzione di armistizio, che imponeva all'Italia di "sciogliere le organizzazioni fasciste", e il Trattato di pace, con cui lo Stato italiano assumeva l'impegno di non permettere la rinascita di simili organizzazioni. Da qui la scelta del legislatore costituente, su emendamento dell'On. Togliatti, di apporre un limite – di evidente carattere ideologico – alla libertà di associazione *ex art. 18 Cost.*, consistente nel divieto di ricostituzione sotto qualsiasi forma del disciolto partito fascista, poi passato nella XII disposizione transitoria e finale al momento della stesura definitiva della Costituzione ⁽³⁷⁷⁾. La normativa di attuazione della XII disp. trans. e fin. è contenuta nella legge 20 giugno 1952, n. 645, meglio nota come "legge Scelba" dal nome dell'allora

³⁷⁶ Si tratta della legge 13 luglio 2005, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale.

³⁷⁷ Va precisato che, mentre nella Costituzione italiana l'ideologia fascista si pone come unico disvalore politico in contrasto con i valori costituzionali, nell'assetto costituzionale assunto dalla Repubblica Federale di Germania – in cui si era sviluppato il ben più grave fenomeno del nazismo – non era dato ravvisarsi alcun divieto in relazione ad una specifica ideologia politica. La Costituzione di Bonn, infatti, in termini molto generali, si limitava a dichiarare anticostituzionali tutti quei partiti che si ponevano in contrasto con il libero e democratico ordinamento della Repubblica Federale, senza però riferirsi ad alcun movimento politico in particolare.

Ministro dell'Interno ⁽³⁷⁸⁾. Ma mentre la norma costituzionale vieta la *sola* ipotesi associativa, la legge del 1952 «va oltre» ⁽³⁷⁹⁾, incriminando anche l'apologia del fascismo (art. 4) e le manifestazioni fasciste (art. 5), entrambe successivamente riconfigurate dalla legge n. 152 del 1975, che ne ha ulteriormente incrementato il rigore sanzionatorio.

Ad oggi, l'apologia del fascismo consiste nel fatto di “chi pubblicamente esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure le sue finalità antidemocratiche”, ed è punita con la pena della reclusione da sei mesi a due anni, nonché con la multa da € 206 a € 516 (art. 4, comma 2, I parte). Tuttavia, qualora il fatto riguardi idee o metodi razzisti (art. 4, comma 2, II parte) o sia commesso con il mezzo della stampa (art. 4, comma 3), la pena è aumentata.

La fattispecie rubricata “manifestazioni fasciste”, invece, sanziona con la pena della reclusione sino a tre anni e con la multa da € 206 a € 516 “chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste”. A tal proposito, è il caso di puntualizzare che, nella sua originaria formulazione, la fattispecie *ex art. 5* era una contravvenzione che riguardava le sole manifestazioni fasciste. Successivamente, la legge n. 152 del 1975 ha provveduto a riconfigurarla, facendole assumere il rango di delitto ed estendendola anche alle manifestazioni tipiche delle “organizzazioni naziste”.

2.1. Due fattispecie molto discusse.

L'apologia del fascismo, analogamente a tutte le fattispecie contemplate dalla c.d. legge Scelba, presenta un'innegabile connotazione ideologica, che suscita legittimi interrogativi sul significato e sull'utilità della permanenza di un simile apparato repressivo nell'odierno sistema giuridico ⁽³⁸⁰⁾. A ben vedere, però, la

³⁷⁸ La c.d. legge Scelba ha sostituito integralmente le leggi nn. 149 e 195 del 1945, entrambe configurate come temporanee ed emanate nell'immediato dopoguerra con l'espressa finalità di impedire il risorgere del fascismo.

³⁷⁹ A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., p. 141.

³⁸⁰ Tra i tanti interventi, spesso polemici, sull'attuale validità delle sanzioni contro il fascismo si rimanda alla famosa intervista, fonte di un acceso dibattito politico, rilasciata dallo storico R. DE FELICE, *Le norme contro il fascismo? Sono grottesche, aboliamole*, in *Corriere della Sera*, 27 dicembre 1987, p. 2.

circostanza che si tratti di «reati di ideologia» ⁽³⁸¹⁾ non è la sola critica ad essi addebitabile. Un ulteriore spunto polemico, ad esempio, è dato dalla scarsissima applicazione giurisprudenziale di tale normativa, che ammonta ad un numero veramente esiguo di sentenze. Vero è che il raro utilizzo di una norma non può essere ragione sufficiente per la sua revisione o abrogazione ⁽³⁸²⁾, ma resta comunque un sintomo incontrovertibile della necessità di abbandonare, o comunque di modificare, la tutela penale ⁽³⁸³⁾.

Le maggiori perplessità, tuttavia, riguardano l'individuazione del bene giuridico offeso dai c.d. delitti antifascisti, e in particolar modo dall'apologia. La teoria che ravvisa tale interesse nell'ordine pubblico (v. *supra* cap. I, par. 2.1.2) è stata ampiamente criticata da autorevole dottrina ⁽³⁸⁴⁾, in base al condivisibile argomento per cui un simile concetto, di cui peraltro non si rinviene alcuna traccia nella Costituzione, non può giustificare i limiti posti dalla legge ordinaria ad un bene come la libertà di manifestazione del pensiero che, invece, trova espressa menzione nella Carta fondamentale.

Da qui la proposta di individuare l'interesse tutelato nella personalità dello Stato, inteso come legittimo antagonista al movimento fascista ⁽³⁸⁵⁾. Così facendo, però, si incorre nel paradosso di voler giustificare la normativa in esame appellandosi ad un bene che, forse più di altri, risente proprio di quella stessa ideologia fascista che tanto si vuole combattere e che associa alla personalità dello Stato l'espressione più autentica di una visione autoritaria dello Stato medesimo ⁽³⁸⁶⁾. Per superare questo *impasse*, si è quindi tentato di

³⁸¹ F. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir e proc pen.* 1976, p. 428.

³⁸² In questo senso v. G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale: "cifre nere" e funzione generalpreventiva della pena*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985, p. 53; K. LÜDERSSSEN, *Strafrecht und "Dunkelziffer"*, Tubinga 1972, i quali ritengono che un rapporto eccessivo tra i numerosi reati commessi e le relative scarse applicazioni giurisprudenziali non debba mai essere considerato un sintomo esclusivo della necessità di abbandonare lo strumento penale.

³⁸³ Così si esprime G. FIANDACA, *Nota*, cit., p. 21, in relazione all'apologia di genocidio. Sul punto v. anche quanto dichiarato dalla Corte suprema canadese, *R v. Zündel*, [1992] 2 S.C.R. 731, cit., per cui la scarsa utilizzazione della norma penale è sintomo della sua non essenzialità per il sistema giuridico. Da qui l'inevitabile pronuncia di incostituzionalità.

³⁸⁴ Per una stringente critica all'ordine pubblico come limite alla libertà di manifestazione del pensiero v. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 107 e ss.

³⁸⁵ V. PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli 1971, p. 152 e ss.

³⁸⁶ Così si esprime A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., p. 141, il quale osserva che, se il bene della personalità dello Stato «è quello che forse più di altri risente dell'originaria matrice fascista, (...) potrebbe sembrare un controsenso ricondurre l'oggettività giuridica di fattispecie, che hanno invece come loro scopo principale quello

sostituire il termine "personalità dello Stato" con quello di "Repubblica", più consono al mutato assetto organizzativo della comunità statale ⁽³⁸⁷⁾. Sennonché, si è visto che anche quest'ultima accezione mantiene pressoché inalterato quel carattere di «soggettivizzazione della comunità (...) che non può non tradursi in una possibile evanescenza sotto il profilo dell'oggettività giuridica» ⁽³⁸⁸⁾.

Altrettanto contestabile appare il ricorso al bene dell'ordine costituzionale, tale locuzione potendo riprodurre il già criticato concetto di ordine pubblico, soprattutto se inteso come mero limite esterno alla libertà d'espressione. L'unico modo per rendere più congruo l'impiego della suddetta accezione sarebbe quello di delinearla come limite alla libertà d'associazione, finalizzato cioè ad incriminare tutte quelle organizzazioni che, ai sensi della XII disp. trans. e fin., si pongono in contrasto con il sistema di valori riconosciuto dalla Costituzione. Ma si tratterebbe in ogni caso di un'accezione comprensiva dell'ordine pubblico ideale, che non può trovare spazio nel nostro ordinamento, in quanto limite generale all'esercizio dei diritti di libertà (v. *supra* cap. I, par. 2.1.2).

La verità, mai dichiarata espressamente, è che le norme in esame, emanate con l'esclusiva finalità di proteggere e stimolare il sentimento antifascista di una parte del popolo italiano, si limitano a tutelare l'antifascismo come valore in sé; e non anche l'ordine pubblico, la personalità dello Stato o l'ordine costituzionale: tutti concetti di difficile individuazione, cui si ricorre sia per mascherare la connotazione politico-ideologica di tali delitti, sia per munirli di un minimo di offensività che, nonostante l'impegno profuso in tal direzione, risulta comunque insufficiente.

Premesso che un'ideologia politica (in questo caso l'antifascismo) non può assurgere a bene giuridico da tutelare, fa specie che uno Stato che si professa «democratico» si definisca al tempo stesso «irriducibilmente contrastante nei riguardi del fascismo», perché una cosa esclude l'altra. Infatti, o si accetta la manifestazione di qualsiasi ideologia (fascismo compreso) come vorrebbe la vera essenza della democrazia, che è dialogo e scambio di *tutte* le opinioni, nessuna esclusa; oppure si limita la libertà d'espressione escludendo certe

di combattere quantomeno le espressioni più pericolose di tale ideologia, alla medesima matrice autoritaria».

³⁸⁷ T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen* 1982, p. 39.

³⁸⁸ A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., p. 141.

ideologie, ma allora tale limitazione diventa essa stessa sovversiva dell'ordinamento costituito. In sostanza, se si impone un'ideologia (l'antifascismo) e se ne reprime un'altra (il fascismo), si frustra il dibattito politico, ottenendo esattamente il contrario di ciò che si voleva.

Trattandosi di pure incriminazioni del pensiero con forte matrice ideologica, quindi, non vi è dubbio che le fattispecie in discorso contrastino con l'art. 21 Cost. ⁽³⁸⁹⁾. In un primo tempo, per ovviare a questa incompatibilità, i giudici della Cassazione avevano cercato di attribuire un valore programmatico all'art. 21 Cost., sostenendo la non immediata azionabilità dell'articolo in questione ed affermando la necessità di norme integrative di rango ordinario per fissarne i limiti ⁽³⁹⁰⁾. Abbandonata questa strada, si è poi tentato di giustificare la permanenza delle disposizioni antifasciste nel nostro ordinamento richiamando la XII disp. trans. e fin., il cui rango costituzionale consentirebbe alle stesse di derogare validamente all'art. 21 Cost., trovando un giusto compromesso tra la libertà di manifestazione del pensiero da una parte e l'esigenza di evitare la ricostituzione del disciolto partito fascista dall'altra ⁽³⁹¹⁾. Sennonché, autorevole dottrina ⁽³⁹²⁾ ha correttamente osservato che le norme sull'apologia del fascismo e sulle manifestazioni fasciste non possono essere ricondotte all'ambito della XII disp. trans. e fin. Quest'ultima previsione, infatti, costituisce un'eccezione rispetto alla regola generale di cui all'art. 18

³⁸⁹ In questo senso v. soprattutto C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, che è stato fra i primi a sottolineare l'inconciliabilità del reato di apologia di fascismo con l'art. 21 Cost.

³⁹⁰ V., per tutte, Cass. pen., sez. un., 15 aprile 1950, in *Giust. pen.* 1950, II, p. 497, per cui la diretta applicazione dell'art. 21 Cost. avrebbe potuto condurre a «disordini irreparabili, giacché le più nocive e maligne espressioni del pensiero, dall'ingiuria all'oltraggio, dal vilipendio all'istigazione a delinquere, acquisterebbero impulsi tali da infirmare lo stesso principio di sovranità dello Stato».

³⁹¹ In questo senso v. P. BARILE – DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino 1969, p. 970; C. BON VALSASSINA, *Apologia di fascismo, divieto di riorganizzazione del partito fascista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Foro it.* 1957, I, p. 953.

³⁹² Così A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., p. 141, per il quale «tali fattispecie non posseggono l'usbergo costituzionale della XII disp.» e, di conseguenza, «non possono essere qualificate come limiti legittimi alla libertà di manifestazione del pensiero». Si oppongono all'estensione dell'ambito applicativo della XII disp. anche L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 170, la quale precisa come «non sia possibile ricondurre alla copertura costituzionale della XII disposizione transitoria generali espressioni istiganti all'odio razziale, rappresentando un ingiustificabile ampliamento dell'interpretazione della norma costituzionale»; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova 1992, p. 372, per il quale risulterebbe passibile di incostituzionalità applicare tali sanzioni «anche in danno di manifestazioni che non siano obiettivamente riconducibili alle finalità antidemocratiche del partito fascista».

Cost. sulla libertà d'associazione; e dato che l'art. 14 delle preleggi al c.c. stabilisce che le norme penali e quelle eccezionali non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati, la conclusione non può che essere una e una soltanto: la XII disp., vietando la ricostituzione del partito fascista, si riferisce al *solo* reato associativo e una sua arbitraria estensione ad altre fattispecie non è consentita, giacché si tradurrebbe in un'inevitabile violazione del divieto di analogia.

Leggendo le disposizioni contenute nella c.d. legge Scelba, inoltre, ci si accorge di come queste non siano realmente dirette a prevenire la messa in pericolo dell'ordinamento democratico e delle sue istituzioni. Esse, infatti, si collocano ad uno stadio di "tutela" – se così si può definire – ancora anteriore rispetto a quello del pericolo, poiché colpiscono mere espressioni (parole e gesti) ⁽³⁹³⁾ inerenti convincimenti personali e ideologici, indipendentemente dalla loro capacità di minacciare la sicurezza dello Stato e dei suoi cittadini. La caratteristica di essere "reati senza offesa" ⁽³⁹⁴⁾ ben si coglie nel secondo comma dell'art. 4, che incrimina la pubblica esaltazione di principi, fatti e metodi del fascismo, nonché nella previsione di cui all'art. 5, che punisce il compimento di manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste, avvenuto durante pubbliche riunioni. Ai fini della sussistenza delle fattispecie in questione, il legislatore non esige alcun pericolo per la pace o la tranquillità pubblica, né richiede che gli atti commessi siano idonei a ricostituire il partito fascista. Oltre a porsi in contrasto con l'art. 21 Cost., quindi, i reati in oggetto disattendono anche il principio di necessaria lesività.

Infine, alle suddette perplessità di ordine costituzionale si potrebbe aggiungere – per ciò che riguarda, in particolare, il delitto di manifestazioni fasciste – anche un eventuale contrasto con il principio di legalità, data la «notevole

³⁹³ Pur rivelando una stretta affinità, la fattispecie di apologia e quella di manifestazioni fasciste si differenziano tra loro perché la prima incrimina solo la parola, mentre la seconda colpisce anche i gesti e i comportamenti tipici del disciolto partito fascista.

³⁹⁴ Per la precisione, E. GALLO, *Struttura delle fattispecie e loro sistemazione nell'ambito dei reati di pericolo*, in CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Lotta alla criminalità organizzata e politica. Legge Scelba, legge Reale, norme antimafia*, Roma 1978, parla di «reati di mera disobbedienza» e di «reati di pericolo presunto»; e, in termini ancora più specifici, riconduce le fattispecie di cui agli artt. 4 e 5 alla categoria dei «reati ostativi», «che non riguardano in alcun modo comportamenti offensivi di un interesse, ma mirano semmai a prevenire la commissione di azioni pericolose (o lesive), elevando direttamente ad oggetto della qualificazione comportamenti che, rispetto a quelle, rappresentano soltanto una premessa vagamente preparatoria».

indeterminatezza del concetto di “manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste”» ⁽³⁹⁵⁾: in cosa debbono consistere esattamente tali manifestazioni, per poter integrare la fattispecie *de qua*? Basta intonare un inno? È sufficiente mimare un gesto? O invece è necessario ricreare l’atmosfera di quel periodo storico, indossando le divise del partito e facendo sfilare i simboli del regime? Il legislatore non lo specifica e l’interprete, di conseguenza, brancola nel buio.

2.2. Gli interventi della Corte costituzionale in tema di apologia e di manifestazioni fasciste.

Sebbene il Giudice delle leggi sia stato ripetutamente investito di questioni di legittimità costituzionale inerenti gli artt. 4 e 5 della legge Scelba, bisogna riconoscere come il suo intervento non abbia affatto contribuito a risolvere le problematiche sottese a queste fattispecie. Per la precisione, nell’arco di tempo che va 1957 al 1973, la Corte costituzionale è stata chiamata per ben tre volte a pronunciarsi in merito all’asserito contrasto tra le norme suddette e l’art. 21 Cost., ma in tutti e tre i casi, con una fermezza che non ha precedenti, ha insistito nel dichiarare infondati i ricorsi, pronunciando le sentenze interpretative di rigetto che ci apprestiamo ad analizzare qui di seguito.

a) La sentenza n. 1 del 1957 sull’apologia del fascismo.

Nel corso di tre distinti procedimenti penali, i difensori degli imputati, chiamati a rispondere del delitto di apologia del fascismo, sollevano eccezione sulla illegittimità costituzionale dell’art. 4 della legge Scelba, perché in contrasto sia con la XII disp. trans e fin., sia con l’art. 21 Cost. La Corte costituzionale, ravvisata l’opportunità di decidere congiuntamente le tre cause, vertenti sostanzialmente sulla medesima questione, pronuncia la sentenza n. 1 del 16 gennaio 1957 ⁽³⁹⁶⁾ che, con una motivazione assai succinta, salva il delitto di apologia del fascismo, fornendone un’interpretazione conforme al dettato costituzionale.

³⁹⁵ A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., p. 146.

³⁹⁶ La sentenza in oggetto è consultabile all’indirizzo www.cortecostituzionale.it.

Premettendo che l'art. 4 deve necessariamente essere esaminato in rapporto al primo comma della XII disp. trans. e fin., il Giudice delle leggi afferma che l'apologia del fascismo, per assumere rilevanza penale, non deve consistere in una mera difesa elogiativa, ma deve tradursi in una esaltazione tale da poter condurre alla riorganizzazione del partito fascista. In altre parole, essa non deve essere considerata in sé e per sé, ma deve essere rapportata a quella stessa riorganizzazione che la XII disp. intende vietare.

Ciò detto, i Giudici costituzionali, dimostrando di condividere il prevalente orientamento dottrinale dell'epoca, equiparano l'apologia del fascismo ad un'istigazione indiretta a commettere un fatto rivolto alla predetta riorganizzazione del partito fascista, e a tal fine idoneo ed efficiente. A sostegno di questa equiparazione – continuano i giudici – vi sarebbero ragioni topografico-sistematiche, sintetizzabili nel fatto che la lettera dell'art. 414 c.p., sotto l'intestazione “*istigazione a delinquere*”, prevede all'ultimo comma l'*apologia* di uno o più delitti.

Rileggendo la pronuncia in esame, si ha la sensazione che la Corte costituzionale abbia aggirato il vero problema che le era stato sottoposto, ossia «quello di vedere se la repressione dell'esaltazione (...) di esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo urtasse o meno contro il principio della libertà di manifestazione del pensiero enunciato nell'art. 21 della Costituzione»⁽³⁹⁷⁾. Dei rapporti tra apologia e libertà d'espressione, infatti, non si fa alcuna menzione nel testo della sentenza, quasi si trattasse di un discorso “scomodo”, che avrebbe inevitabilmente condotto a dichiarare incostituzionale una disposizione che, invece, si voleva salvare a tutti i costi. Sorvolata quella che avrebbe dovuto essere la questione cardine della pronuncia in esame, quindi, i giudici hanno tentato di conferire copertura costituzionale all'art. 4 ricollegandolo al divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista di cui alla XII disp. Come già correttamente osservato, però, la XII disp. riguarda il solo reato associativo, e non anche la mera esaltazione del fascismo⁽³⁹⁸⁾. Per superare anche questo ostacolo, dunque, il Giudice delle leggi ha cercato di ricondurre l'apologia alla fattispecie associativa, e l'ha fatto ricorrendo al paradigma del pericolo concreto, affermando cioè che l'apologia del fascismo è

³⁹⁷ G. VASSALLI, *Osservazioni a Corte Cost. 26 gennaio 1957, n. 1*, in *Giur. cost.* 1957, I, p. 1.

³⁹⁸ In questo senso, A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., p. 146. *Contra*, invece, P. BARILE – DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, cit., p. 973; C. BON VALSASSINA, *Apologia di fascismo*, cit., p. 953.

da considerarsi costituzionalmente legittima solo ove risulti idonea a ricostituire il partito fascista.

Tuttavia, il ricorso al pericolo concreto ha suscitato legittime critiche in seno alla dottrina ⁽³⁹⁹⁾. In primo luogo, si è detto che, se il suddetto paradigma può risultare di una qualche utilità per il reato di istigazione, che di fatto è più strettamente collegato al reato associativo, «lo è molto meno, se non affatto, per quanto attiene all'apologia» ⁽⁴⁰⁰⁾. Senza sottovalutare, tra l'altro, tutte le difficoltà connesse ad un giudizio di pericolosità in concreto relativo a beni giuridici di carattere politico o meta individuale ⁽⁴⁰¹⁾. Inoltre, si è osservato che, da un punto di vista empirico-fattuale, è assai difficile che la mera esaltazione di un fatto o di un esponente del fascismo possa concretamente dar luogo alla ricostituzione del partito in questione, se non trasformando l'apologia in una forma istigativa come fa la Corte costituzionale. Ma già si è visto come questa soluzione strida sia con il principio di tassatività-determinatezza, sia con il principio di economicità ⁽⁴⁰²⁾: se il legislatore ha previsto due distinte ipotesi criminose, ognuna con un apposito *nomen iuris*, perché volerle assimilare tra loro ad ogni costo? Se si fosse trattato della medesima fattispecie, che senso avrebbe avuto ribadirla? Infine, la lettera della legge conferma che la normativa in questione non richiede l'accertamento dell'esistenza di un pericolo concreto, tutelando solo in modo indiretto ed eventuale la sicurezza dell'ordinamento democratico. Sia il divieto costituzionale che quello penale, infatti, sono assoluti e incondizionati e rendono manifesto l'intento di impedire *comunque* i fatti in essi descritti, indipendentemente dalla loro concreta pericolosità ⁽⁴⁰³⁾.

³⁹⁹ Per puntuali critiche in merito si rimanda a E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 77 e ss.

⁴⁰⁰ A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., p. 146.

⁴⁰¹ Analoghe osservazioni erano già state svolte *supra* cap. I, par. 2.2.2. Sul punto v. soprattutto F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit.

⁴⁰² Il principio di economicità sta alla base dell'argomento interpretativo economico, secondo cui il *corpus* normativo deve essere caratterizzato da coerenza (sistematicità strutturale) e da non ripetitività: il legislatore, infatti, non può enunciare due volte le stesse regole per far fronte alla stessa situazione.

⁴⁰³ In questo senso si esprime G. SPAGNOLO, *Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1979, p. 318, il quale, però, è favorevole al mantenimento della normativa *de qua* nel nostro ordinamento. Le medesime considerazioni sono svolte da P. BARILE – DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, cit., p. 973, per i quali la legislazione in esame è si posta a tutela di alcuni valori antifascisti della nostra Costituzione, «ma non [è] direttamente finalizzata a combattere in questa sede le situazioni di pericolo concreto di costituzione di partiti costituenti riorganizzazioni del disciolto partito fascista».

A fronte di queste considerazioni, quindi, l'apologia del fascismo (che è un'apologia *tout court* e non una forma istigativa) può essere qualificata esclusivamente alla stregua di un reato di pericolo astratto. E siccome i reati di pericolo astratto disattendono il principio di offensività, bisogna concludere che per questa fattispecie non vi è spazio nel nostro ordinamento. Trattandosi poi di una figura criminosa in cui l'incriminazione del puro pensiero (politico) è ancora più evidente che in altri reati d'opinione, l'irrimediabile contrasto con l'art. 21 Cost. non fa che ribadire l'urgenza di espungerla dal sistema, data la sua inconciliabilità con i valori fondanti dell'odierno Stato democratico ⁽⁴⁰⁴⁾.

b) Le sentenze n. 74 del 1958 e n. 15 del 1973 sulle manifestazioni fasciste.

La Corte costituzionale ha avuto ben due occasioni per pronunciarsi in merito alla compatibilità della norma che incrimina le manifestazioni fasciste con l'art. 21 Cost. e la XII disp. e, in entrambi i casi, ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale che le erano state sottoposte, salvando dall'abrogazione l'art. 5 della legge Scelba.

La prima sentenza interpretativa di rigetto sulle manifestazioni fasciste risale al 1958 e, a differenza della pronuncia sull'apologia del fascismo, è molto articolata. Innanzitutto, il giudice delle leggi si sofferma sulla XII disp. trans. e fin., precisando che essa non deve essere intesa alla stregua di un rigido divieto penale, costretto entro i limiti della sua formulazione espressa, ma deve essere «interpretata per quella che è, cioè quale norma costituzionale che enuncia un principio o indirizzo generale, la cui portata non può stabilirsi se non nel quadro integrale delle esigenze politiche e sociali da cui fu ispirata» ⁽⁴⁰⁵⁾. Ciò premesso, i Giudici costituzionali proseguono nelle loro argomentazioni, affermando che, dopo la caduta del regime, la necessità di impedire la riorganizzazione del partito fascista non poteva limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi della ricostituzione, ma doveva necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che fosse idoneo a produrre

⁴⁰⁴ Così anche G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano 1988, p. 221 ss; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 133; A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., p. 146.

⁴⁰⁵ C. Cost., sent. n. 74 del 25 novembre 1958, in *www.cortecostituzionale.it*.

quegli stessi atti. Queste considerazioni sarebbero confermate anche dall'inciso "sotto qualsiasi forma" contenuto nella XII disp., che starebbe a significare la preoccupazione del Costituente di spingere il divieto al di là degli atti riorganizzativi strettamente intesi, comprendendovi anche le minori manifestazioni di cui all'art. 5, purché idonee a creare il pericolo che si intende prevenire.

Tale lettura estensiva del precetto costituzionale si espone a non poche osservazioni critiche. In primo luogo, se è vero che la XII disp. non è un divieto penale, non bisogna però sottostimare la sua natura di norma eccezionale rispetto alla previsione generale di cui all'art. 18 Cost., con la conseguenza che resta comunque operativo nei suoi confronti il divieto di analogia *ex art.* 14 delle preleggi al c.c. Non appare quindi legittimo il tentativo di estendere a dismisura la portata della XII disp., fino a ricomprendervi le minori manifestazioni fasciste. Né lo si può giustificare richiamando le peculiari esigenze storico-politiche che ispirarono la previsione *de qua*: ogni disposizione, infatti, deve essere interpretata anche in chiave evolutiva, considerando se, dalla sua emanazione ad oggi, si siano verificate trasformazioni culturali, economiche o politiche tali da incidere sul modo di intenderla. E questo è, appunto, il caso della XII disp., che non può più essere interpretata alla luce delle stesse esigenze avvertite nel 1948, ma deve essere calata nell'odierno contesto storico-politico, ove una riaffermazione del partito unico fascista è assolutamente remota e improbabile. I Giudici costituzionali, invece, ritenendo che norme nate in un certo clima politico – quello dell'immediato dopoguerra – possano essere lette negli stessi termini di allora, dimostrano di non saper adeguare il diritto vivente ai mutamenti connaturati ad ogni società, e legittimano la permanenza nel sistema di disposizioni obsolete e antistoriche (406).

Affrontata la questione relativa alla XII disp., la Corte costituzionale si interroga sulla compatibilità del reato di manifestazioni fasciste rispetto all'art. 21 Cost. e risponde in termini affermativi al quesito, fornendo due possibili interpretazioni della disposizione *de qua*. La prima – a suo avviso palesemente errata – consisterebbe in un'interpretazione letterale del dato normativo, che indurrebbe a punire *qualunque* parola o gesto, anche il più innocuo, che

⁴⁰⁶ Analoghe considerazioni si ritrovano *supra* cap. II, par. 1.2, in merito al delitto di propaganda. V., al riguardo, le già richiamate osservazioni di G. VASSALLI, *Propaganda "sovversiva" e sentimento nazionale*, cit., p. 1101.

ricordi comunque il passato regime e gli uomini che lo impersonarono, come ad esempio il fatto di indossare una camicia nera, di intonare una canto o lanciare un grido. Una simile interpretazione – dichiarano i Giudici della Consulta – «non si può ritenere conforme all'intenzione del legislatore»⁽⁴⁰⁷⁾. Egli, infatti, dichiarando espressamente di voler impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, ha inteso vietare e punire «non già una qualunque manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che (...) possono determinare il pericolo che si è voluto evitare»⁽⁴⁰⁸⁾: sarebbe questa la corretta interpretazione dell'art. 5, l. n. 645 del 1952, avvalorata sia dalla denominazione di “manifestazioni fasciste” sia dall'uso dell'avverbio “pubblicamente”, che farebbero chiaramente intendere come il fatto, per essere penalmente rilevante, debba trovare, nel momento e nell'ambiente in cui è compiuto, condizioni tali da renderlo idoneo a provocare adesioni e consensi, concorrendo alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste. Così intesa, quindi, la norma impugnata risulterebbe compatibile sia con la XII disp. sia con l'art. 21 Cost.

Questa lettura, però, si espone alle medesime critiche già formulate con riferimento alla sentenza n. 1 del 1957 sull'apologia del fascismo. Introducendo il paradigma del pericolo concreto, infatti, la Corte costituzionale rischia anche in questo caso di trasformare le manifestazioni fasciste in forme istigative o comunque in attività così prossime alla ricostituzione del partito fascista, da confonderle con le vere e proprie forme di partecipazione al reato associativo⁽⁴⁰⁹⁾; e così facendo, tra l'altro, si arroga il diritto di correggere la formula normativa mutandone la sostanza, quando invece dovrebbe limitarsi ad interpretare la legge senza attribuirle altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore (art. 12 preleggi al c.c.)⁽⁴¹⁰⁾. Da ultimo, poi, non va sottovalutata l'estrema discrezionalità che una simile interpretazione finisce per attribuire al giudice del caso, il quale si ritrova a dover selezionare, di volta in volta, le manifestazioni incriminabili in rapporto all'accertamento della loro

⁴⁰⁷ C. Cost., sent. n. 74 del 25 novembre 1958, cit.

⁴⁰⁸ C. Cost., sent. n. 74 del 25 novembre 1958, cit.

⁴⁰⁹ Così A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., p. 146.

⁴¹⁰ In questo senso si esprime C. ESPOSITO, *Osservazioni a Corte Cost.*, 6 dicembre 1958, n. 74, in *Giur. cost.* 1958, p. 958.

effettiva pericolosità ⁽⁴¹¹⁾: come tracciare il labile confine tra libertà d'espressione e manifestazione suscettibile di provocare adesioni al partito fascista (e perciò pericolosa)? In base a quali parametri? Le difficoltà insite in un simile giudizio aumentano se si considera che esso opera in rapporto a beni giuridici di tipo meta-individuale, e che si fonda sul discutibile criterio dell'ordine pubblico, il quale non è neppure previsto espressamente dalla Costituzione come limite alla libertà di manifestazione del pensiero.

Per salvare la disposizione impugnata, la cui incompatibilità con l'art. 21 Cost. e la XII disp. è evidente, la Corte costituzionale ha dovuto ridisegnarne la struttura, ma così facendo si è sostituita al legislatore e ha finito per disattendere il fondamentale principio di legalità, senza apportare alla fattispecie alcun beneficio in termini di determinatezza. E nonostante ciò fosse palese ai più, ha proseguito in tal direzione, ribadendo il suo intento conservatore anche nella sentenza n. 15 del 14 febbraio 1973 ⁽⁴¹²⁾.

La circostanza che nel 1973 l'art. 5 della legge Scelba sia stato nuovamente impugnato dinnanzi alla Corte costituzionale è di per sé molto significativa e denuncia l'incoerenza interpretativa che caratterizza la precedente decisione. In questa occasione, il giudice *a quo* rilevava correttamente che la previsione di cui all'art. 5 incrimina tutte le manifestazioni pubbliche del disciolto partito fascista, senza fare alcun riferimento alla loro potenzialità riorganizzativa. Tanto che il legislatore – continuava il pretore di Recanati – avrebbe valicato il limite dell'attuazione del precetto costituzionale cristallizzato nella XII disp., che vieta soltanto la ricostituzione del partito fascista, e non anche le manifestazioni, più o meno nostalgiche, di coloro che tutt'ora credono nella validità di determinate ideologie. Esaminato il ricorso, però, i Giudici costituzionali ne dichiaravano l'infondatezza, precisando che si trattava di questione già decisa, su cui, evidentemente, non intendevano tornare. E sebbene fossero trascorsi quasi vent'anni dalla precedente pronuncia e la democrazia si fosse ulteriormente consolidata rispetto a quella dell'immediato dopoguerra, ribadivano la necessità di una simile disposizione per il nostro ordinamento, tradendo il timore di un ritorno al passato e negando in radice l'essenza stessa della democrazia, che presuppone anche e soprattutto la libertà di esprimere il proprio pensiero politico, qualunque esso sia. Ma quel che più lascia perplessi è il suggerimento di interpretare la norma impugnata

⁴¹¹ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 170.

⁴¹² V. note 58 e 281.

secondo la *ratio* che l'aveva ispirata, quasi che l'odierno contesto storico-politico sia il medesimo di sessant'anni fa. Quanto al paradigma del pericolo concreto, ribadito anche in quest'ultima pronuncia, valgono le stesse considerazioni già svolte: il Giudice costituzionale non può sostituirsi al legislatore, stravolgendo la struttura della norma con interventi che, oltretutto, non sono neppure risolutivi del problema. In queste fattispecie, infatti, la prova del pericolo sconfinava nell'universo delle c.d. discipline sociali, che – come già si è avuto modo di dire – sono inesatte per natura. L'oggetto da analizzare, inoltre, non è un determinato fenomeno naturalistico, ma una realtà socio-politica, che in questo specifico caso viene a coincidere con la possibilità che si ricostituisca il disciolto partito fascista: un evento soggetto ad innumerevoli variabili che, data la sua natura, non può essere studiato alla luce delle scienze esatte, in quanto fuoriesce dal terreno della causalità materiale e approda in quello della causalità psicologica, dove tutto può essere il contrario di tutto (v. *supra* cap. I, par. 2.2.2). Come l'apologia, quindi, anche le manifestazioni fasciste sono e restano reati di pericolo astratto, che disattendono il principio di offensività, e per i quali non può esserci spazio nel nostro ordinamento.

2.3. Norme ancora attuali o inutili relitti storici?

Recenti casi giudiziari ⁽⁴¹³⁾ hanno nuovamente indotto la dottrina a domandarsi se, a tutt'oggi, sia ancora attuale la necessità di reprimere certi fenomeni neofascisti, che si riducono a mere condotte di manifestazione del pensiero senza ricorrere all'uso di metodiche violente.

Secondo alcuni Autori ⁽⁴¹⁴⁾, le previsioni di cui agli artt. 4 e 5 della legge Scelba sarebbero coesenziali alla natura democratica dello Stato italiano, che è

⁴¹³ Ci si riferisce, in particolare, a Tribunale di Castrovillari, 6 aprile 2005, M. e altro, in *Giur. mer.* 2006, p. 2483, con nota critica di G. BIONDI, *È ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del disciolto partito fascista?*; Tribunale di Milano, sez. VIII sez. pen., 20 dicembre 2007, Boccacci e altri, in *Giur. mer.* 2009, p. 735, con nota adesiva di G. BIONDI, *Brevi considerazioni sul reato di manifestazioni fasciste: può essere considerato un reato di opinione?*, e in *Questione giustizia* 2008, n. 4, p. 192, con nota di E. ALBAMONTE, *Apologia di fascismo a Milano*.

⁴¹⁴ P. BARILE – DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, cit., p. 563; C. BON VALSASSINA, *Apologia di fascismo*, cit., p. 953.

«irriducibilmente contrastante nei riguardi del fascismo»⁽⁴¹⁵⁾. L'incriminazione dei fatti apologetici o delle manifestazioni usuali del fascismo, quindi, giacché potenzialmente strumentali e idonei alla riorganizzazione del partito fascista, garantirebbe l'attuazione del divieto contenuto nella XII disp. trans. e fin. che, essendo una norma di rango costituzionale, sarebbe in grado di derogare validamente anche all'art. 21 Cost, rendendo costituzionalmente legittima la norma legislativa ordinaria che ne attua il contenuto. Ma già si è detto che la XII disp. è una norma eccezionale, la cui portata non può essere analogicamente estesa sino a vietare anche l'apologia e le manifestazioni fasciste. Essa, infatti, si limita a proibire la sola riorganizzazione del disciolto partito fascista e nulla più. La conclusione, quindi, è che *nessuna* disposizione di rango costituzionale, né tantomeno la XII disp., può giustificare la compressione della libertà d'espressione da parte delle norme in questione che, reprimendo la manifestazione di un puro pensiero politico⁽⁴¹⁶⁾, violano incondizionatamente la fondamentale garanzia stabilita dall'art. 21 Cost.

Per motivare l'esistenza delle fattispecie in esame, si è quindi intrapresa la strada del pericolo concreto, affermando in particolare che le sole manifestazioni punibili sarebbero quelle idonee a determinare il pericolo di ricostituzione del PNF⁽⁴¹⁷⁾. Sennonché, anche questa ricostruzione interpretativa si è rivelata insoddisfacente. Molti giudici, abusando della discrezionalità loro conferita⁽⁴¹⁸⁾ e approfittando dell'indeterminatezza del testo normativo, hanno ritenuto sufficiente, ai fini dell'integrazione del reato, che la manifestazione fosse «tale da suggestionare concretamente le folle, inducendo negli astanti sentimenti nostalgici in cui ravvisare un serio pericolo di riorganizzazione del partito fascista»⁽⁴¹⁹⁾. Ma quando una folla può dirsi veramente suggestionata? Siamo certi che chi partecipa ad un comizio fascista possa essere suggestionato? E se invece si trattasse di soggetti nostalgici, già

⁴¹⁵ P. BARILE – DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, cit., p. 564.

⁴¹⁶ S. BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1973, II, p. 1070; A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., p. 146; P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.* 1973, p. 732.

⁴¹⁷ Così si è espresso il Giudice delle leggi nelle suddette sentenze.

⁴¹⁸ G. GAVAGNIN, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 201, nota 3, la quale, in tono critico, rileva come la valutazione dell'idoneità o meno delle espressioni esaltatrici dell'ideologia fascista sia rimessa interamente al giudice di merito.

⁴¹⁹ Tribunale di Milano, sez. VIII sez. pen., 20 dicembre 2007, Boccacci e altri, cit.

emotivamente coinvolti a prescindere dal comizio? A nostro sommo avviso, è alquanto improbabile che un individuo, il quale non nutra alcuna simpatia per un movimento politico, possa essere suggestionato tutto d'un tratto dagli appelli e dai gesti di alcuni manifestanti. I "sentimenti nostalgici", infatti, non possono essere indotti, poiché sono il frutto di un processo più lungo, che affonda le proprie radici nella storia personale di chi li prova e presuppongono una consolidata adesione morale a certe idee. Comunque, anche volendo ammettere il contrario, come si può affermare con certezza che la suggestione e l'induzione di sentimenti nostalgici costituiscano un serio pericolo di riorganizzazione del partito fascista?

Stando alle considerazioni dei giudici di merito, non è ben chiaro quale sia l'evento che in concreto si vuole evitare, posto che si confonde la creazione di un clima di suggestione emotiva con la ricostituzione del PNF; e la prima non implica necessariamente anche la seconda. Inoltre, si ha l'impressione che la soglia di punibilità del fatto sia stata eccessivamente anticipata, sino a ricomprendere anche comportamenti che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, sarebbero comunque idonei a produrre quegli stessi atti. In questi termini, però, l'area del penalmente rilevante rischia di estendersi a dismisura, anche in ragione del fatto che non vi è una precisa definizione di cosa siano le "manifestazioni usuali del disciolto partito fascista". Come già ci chiedevamo poc'anzi, infatti, siamo forse certi che possa bastare una canzone? Un inno? Uno *slogan*? E che tipo di canzone dovrebbe essere? Il legislatore – ovviamente – non lo specifica, tant'è che il reato di manifestazioni fasciste è stato ravvisato anche nel canto dell'inno "Giovinezza", pur trattandosi di una canzone che si era affermata già in epoca anteriore alla prima guerra mondiale, e quindi diversi decenni prima dell'avvento del fascismo⁴²⁰. Pertanto, assodato che la fattispecie *de qua* è in palese contrasto con il principio di determinatezza *ex art. 25, comma 2, Cost.*, lasciano alquanto perplessi le affermazioni di coloro che ne giustificano la permanenza nel nostro ordinamento, asserendo che «finché nella nostra Costituzione sarà previsto il divieto di riorganizzare sotto qualsiasi forma il partito fascista, sarà legittima *ogni forma* di repressione di [tali] attività», nonché «i tentativi di

⁴²⁰ Cass. pen., 3 ottobre 1962 e Pretura di Alessandria, 10 ottobre 1973, entrambe citate nel testo della sentenza del Tribunale di Milano, VIII sez. pen., 20 dicembre 2007, Boccacci e altri, cit.

qualunque tipo» di porle in essere ⁽⁴²¹⁾. Questa osservazione – è evidente – oltre a disattendere un fondamentale corollario del principio di legalità, non tiene neppure conto dell'evoluzione della società italiana dal dopoguerra ad oggi: le norme che reprimono i fenomeni neofascisti non possono conservare intatta la loro attualità, giacché ad essere mutato è lo stesso contesto in cui esse si inseriscono. Non è quindi accettabile che i giudici, nonostante il mutato assetto storico-politico del Paese, continuino ad interpretare quelle norme nello stesso spirito di allora ⁽⁴²²⁾, poiché così facendo contribuiscono all'instaurazione di una “democrazia protetta”, che mette al bando certe opinioni. Ciò a cui bisogna aspirare, invece, è una “democrazia tollerante”, che riconosca piena cittadinanza a tutte le opinioni, nessuna esclusa (v. *supra* cap. I, par. 2.1.1). Premessa e fondamento del nostro ordinamento costituzionale e democratico, infatti, è la libertà di manifestazione del pensiero e non l'antifascismo, come sostenuto erroneamente da taluni ⁽⁴²³⁾. Se, in passato, l'esigenza di tutelare penalmente la matrice antifascista della neonata democrazia poteva essere comprensibile, oggi non ha più alcun senso, perché la probabilità che in Italia si ricostituisca il PNF è così remota da far rientrare qualsiasi apologia o manifestazione fascista nell'ambito delle mere rievocazioni storiche o folkloristiche ⁽⁴²⁴⁾.

2.4. Spunti di diritto comparato: manifestazioni naziste nel Villaggio di Skokie.

Già si è visto come gli Stati Uniti d'America, democrazia tollerante per eccellenza, accordino piena tutela anche alle opinioni false, sovversive e antidemocratiche, nonché alle espressioni capaci di offendere la sensibilità altrui, a condizione che – e questa sarebbe l'unica limitazione – esse non

⁴²¹ G. BIONDI, *Brevi considerazioni sul reato di manifestazioni fasciste*, cit., p. 735.

⁴²² C. TRUCCO, *Brevi note sui più recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, cit., p. 740.

⁴²³ Così G. SPAGNOLO, *Norme penali contro il neofascismo*, cit., p. 318; G. BIONDI, *È ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del disciolto partito fascista?*, cit., p. 2483.

⁴²⁴ Arriva alla stessa conclusione, ma con un ragionamento molto più stringato e diretto, anche L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 266, la quale, riferendosi in particolare all'apologia del fascismo, ha affermato che, «se non ha più senso di esistere una autonoma fattispecie di apologia (...), è chiaro che non ha più senso nemmeno l'esistenza di forme speciali di apologia».

conducano ad azioni dannose ⁽⁴²⁵⁾. La verità, infatti, ha molte più possibilità di emergere in un contesto di discussione aperta che non nell'ambito di un regime di censura ⁽⁴²⁶⁾. A mio sommesso avviso, si tratta di una prospettiva assolutamente condivisibile, cui anche le democrazie del vecchio continente dovrebbero tendere, superando il timore di un ritorno al passato e sgravandosi del peso di scomode eredità.

Restando in tema di manifestazioni nazi-fasciste, è alquanto emblematica la posizione assunta dalla Suprema Corte degli Stati Uniti in merito a quanto accaduto a Skokie, un villaggio dell'Illinois, la cui popolazione, all'epoca dei fatti, era costituita in prevalenza da ebrei scampati all'olocausto nazista ⁽⁴²⁷⁾. Nel 1977, il *National Socialist Party of America* (NSPA) – un gruppo politico definito filo-nazista dal suo *leader* – decideva di marciare davanti al Municipio di Skokie, rievocando l'atmosfera e i fasti della Germania nazista. I manifestanti, per l'occasione, sfilavano indossando la divisa militare del partito ed esibendo il simbolo della *swastika* fasciato sul braccio sinistro, nonché portando in corteo alcune bandiere su cui campeggiava il medesimo emblema.

In seguito ai fatti, il Consiglio Comunale di Skokie e il Sindaco del villaggio intentavano una causa contro l'NSPA, presentando diversi argomenti a sostegno della propria posizione. In particolare, i ricorrenti ritenevano che i promotori della marcia nazista avessero inflitto un trauma psicologico (*psychic trauma*) ai residenti ebrei sopravvissuti all'olocausto, facendosi

⁴²⁵ Basti pensare che, di recente, la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha assolto alcuni membri della Westboro Baptist Church i quali, con dimostrazioni pacifiche ma fortemente offensive, avevano manifestato le loro idee di odio nei confronti degli omosessuali e della Chiesa cattolica in occasione del funerale di un *marine* cattolico caduto in guerra. La Corte, pur riconoscendo che la parola può infliggere grande dolore, afferma che anche i discorsi d'odio, quando vertono su tematiche pubbliche, contribuiscono al dibattito democratico e, per questo, devono essere protette dal Primo Emendamento. V. Snyder v. Phelps, 562 U.S (2011), reperibile all'indirizzo www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-751.pdf.

⁴²⁶ Questo concetto, che sta alla base della dottrina del *marketplace of ideas* (v. *supra* cap. I, par. 2.1.1), è ripreso anche in Snyder v. Phelps, 562 U.S (2011), cit., dove si legge che «...*this Nation has chosen to protect even hurtful speech on public issues to ensure that public debate is not stifled...*».

⁴²⁷ National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977), in <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=432&invol=43>.

Per una più approfondita disamina della vicenda di Skokie si rimanda a L.H. TRIBE, *Neutral Principles and the Nazi March in Skokie*, in *Constitutional Choices*, Cambridge 1985, p. 219 e ss.

beffe dei loro dolorosi ricordi (*painful reminders*) e provocando negli stessi un grave *stress* emozionale (*severe emotional distress*).

La Corte, tuttavia, pur ammettendo che la manifestazione inscenata era stata irritante e di cattivo gusto, assolveva l'NSPA, perché la marcia si era svolta pacificamente, senza l'uso di violenza e senza mettere in pericolo i residenti. Gli spettatori, inoltre, non erano stati obbligati ad assistere al corteo (non c'era *captive audience*) e la circostanza che alcuni di essi fossero stati "disturbati" da un simile episodio non bastava a rendere penalmente perseguibile la pacifica manifestazione di un'opinione, per quanto impopolare essa fosse. La manifestazione incriminata, pertanto, rientrava a pieno titolo sotto alla garanzia del Primo Emendamento e non poteva essere penalmente perseguita.

Questa decisione si presta a non poche riflessioni critiche. In primo luogo, va detto che nel caso di specie non era propriamente in gioco la libertà di parola o di manifestazione del pensiero, bensì la libertà di riunione, o meglio la libertà di riunirsi in corteo (⁴²⁸). Questa libertà, a differenza della prima, incontra una serie di limiti maggiori, dati dal fatto che alcune riunioni o cortei possono facilmente mettere in pericolo la sicurezza e l'incolumità dei cittadini. Difatti, per quanto concerne il nostro ordinamento, mentre l'art. 21 Cost. menziona il solo limite del buon costume, l'art. 17 Cost. prevede che il diritto di riunirsi in luogo pubblico possa subire limitazioni "per comprovati motivi di sicurezza o incolumità pubblica". Partendo da queste premesse, un'attenta dottrina ha colto l'occasione per precisare che «solo in una riunione una manifestazione pubblica di pensiero può ingenerare situazioni pericolose», e quindi può essere penalmente perseguita, mentre laddove «si manifesti il proprio pensiero senza contatto personale diretto con un pubblico di ascoltatori (...) non ci sarà né istigazione diretta né istigazione indiretta, ma solo libera manifestazione del pensiero» (⁴²⁹). Pertanto, se un soggetto manifesta il proprio pensiero in un libro o parlando alla radio, e quindi senza instaurare un contatto diretto con l'uditorio, è escluso che possano crearsi – quantomeno nell'immediato – situazioni pericolose per la pace e la

⁴²⁸ M. AINIS, *Valore e disvalore della tolleranza*, cit., p. 426, nota 1.

⁴²⁹ S. BASILE, *Apologia di delitto*, in *Quale giustizia* 1970, n. 4, p. 87.

tranquillità pubblica. Di conseguenza, chi manifesta in questo modo il proprio pensiero non potrà essere chiamato a rispondere di alcunché, dovendosi egli attenere al solo limite espresso del buon costume. Se invece quelle stesse idee vengono diffuse durante un comizio o in occasione di un corteo, instaurando un contatto diretto con gli ascoltatori, è certamente più probabile che le parole infiammino i presenti, trasmodando in azioni e ingenerando situazioni pericolose per l'incolumità pubblica, che lo Stato deve necessariamente prevenire.

La situazione descritta nel caso Skokie era indubbiamente riconducibile a questo secondo tipo di manifestazione, ma la Corte ha sottovalutato il pericolo per l'incolumità e la sicurezza dei residenti ebrei, potenziale bersaglio di violenze da parte dei manifestanti filo-nazisti. Questi ultimi, infatti, non si erano limitati ad esprimere la loro adesione morale a quell'ideologia, ma l'avevano fatto sfilando per le vie del villaggio, a diretto contatto con la popolazione, composta anche da numerosi ebrei sfuggiti alle persecuzioni naziste europee. L'errore dei giudici americani è stato quello di focalizzare la loro attenzione esclusivamente sulla libertà di manifestazione del pensiero, quando avrebbero dovuto considerare anche la libertà di riunione che, per le ragioni già viste, incontra molte più limitazioni. Da questo punto di vista, quindi, la decisione della Corte Suprema non può essere pienamente condivisa.

Nel contempo, però, bisogna riconoscere che, su suolo nordamericano, c'è una percezione del fenomeno nazista molto diversa rispetto a quella che si avverte in Europa; la *swastika* – così come ogni altro emblema riconducibile a quell'ideologia – si riduce ad un mero ricordo di orrori commessi oltreoceano, che come tali non appartengono propriamente al comune sentimento nazionale. Viceversa, è molto più sentita come minaccia la croce ardente o fiammeggiante (*the Fiery Cross* o *cross-burning*), simbolo usato dal *Ku Klux Klan* per indurre terrore nella popolazione afroamericana e, più in generale, in tutti gli appartenenti a minoranze etniche e razziali ⁽⁴³⁰⁾.

⁴³⁰ Questa attenta osservazione è di M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Scritti in onore di G. Ferrara*, Torino 2005, reperibile su www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Ecco, dunque, che ritorna l'importanza del contesto storico e geografico: ciò che può dirsi pericoloso in un dato luogo o periodo storico, diventa completamente innocuo se calato in una diversa dimensione spazio-temporale. Da qui l'abilità del legislatore e dei giudici di adattare la legge e la sua interpretazione ai mutamenti storici, politici e culturali che da sempre interessano ogni società.

Nella giurisprudenza degli Stati Uniti d'America è rinvenibile un cospicuo numero di sentenze in tema di *cross-burning*. Tra le principali decisioni in materia si ricordano, in particolare, R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992), reperibile all'indirizzo www.law.cornell.edu/supct/html/90-7675.ZS.html, che destò molto scalpore per aver affermato che l'innalzamento della croce fiammeggiante, teso a simboleggiare la superiorità della razza bianca, rientra tra le forme di manifestazione del pensiero protette dal Primo Emendamento. Per una serrata critica a questa pronuncia si rimanda a S.H. SHRIFFIN, *Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America*, in *Cornell Law Review* 1994, p. 43. Successivamente, con la sentenza Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003), in www.law.cornell.edu/supct/html/01-1107.ZS.html, la Suprema Corte ha cercato di aggiustare il tiro, ammettendo che il *cross-burning* ha un significato storicamente minaccioso per tutti coloro che appartengono alle minoranze razziali e giustifica, pertanto, un trattamento più severo rispetto ad altre meno identificabili forme di discorso non protetto. Nonostante queste premesse, però, anche in questa pronuncia i giudici americani hanno ritenuto comunque illegittima una disciplina che, nel ricorso alla croce ardente, presuma fino a prova contraria lo specifico intento di intimidire, poiché essa finirebbe per accomunare arbitrariamente tra loro le condotte che hanno effettivamente lo scopo di minacciare con quelle che si limitano a manifestare un'adesione alle ideologie del Klan o, addirittura, con quelle che usano l'abbruciamento della croce nell'ambito di opere artistiche o letterarie.

CAPITOLO QUARTO

PAROLE CHE ISTIGANO ALLA COMMISSIONE DI REATI *L'ISTIGAZIONE*

SOMMARIO: 1. Le principali ipotesi istigative speciali. Cenni introduttivi. – 1.1. L'istigazione a delinquere (art. 414, comma 1, c.p.). – 1.2. L'istigazione a disobbedire alle leggi (artt. 266 e 415 c.p.) – 1.3. L'istigazione all'odio tra le classi sociali (art. 415 c.p.). – 1.4. L'istigazione all'odio razziale o etnico (art. 3, comma 1, lett. *a*) e *b*), legge n. 654 del 1975). – a) Come è cambiata la fattispecie di istigazione all'odio razziale dal 1975 ad oggi. – b) Riflessioni critiche. – 1.5. La circostanza aggravante dell'aver agito per finalità di discriminazione o di odio razziale (art. 3, legge n. 122 del 1993). – 2. Forme speciali di istigazione e art. 115 c.p. – 3. Il requisito della pubblicità. – 4. Dove finisce la parola inizia l'azione: l'idoneità della condotta a cagionare il pericolo di commissione di reati. – 4.1. L'influenza della dottrina americana del *clear and present danger*. Qualche riflessione in chiave comparatistica. – 5. Istigazione: un reato d'opinione? – 6. Una fattispecie da conservare (seppur a certe condizioni).

1. Le principali ipotesi istigative speciali. Cenni introduttivi.

L'art. 115 c.p. disciplina una forma di partecipazione psichica o morale nel reato che va sotto al nome di istigazione. Secondo un orientamento dottrinale tutt'ora dominante ⁽⁴³¹⁾, questa accezione andrebbe intesa in senso lato: l'istigatore sarebbe sia colui che fa sorgere in altri un proposito criminoso prima inesistente (il c.d. determinatore), sia chi si limita a

⁴³¹ Così G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, cit. p. 1, per il quale «l'istigazione è l'idoneità a far sorgere in altri un proposito giudicato sfavorevolmente dall'ordinamento giuridico oppure a rafforzare il preesistente proposito criminoso». Questo orientamento è condiviso anche da R. DOLCE, voce *Istigazione a delinquere*, cit., p. 996, che a tal proposito distingue tra istigazione primaria e istigazione secondaria; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 498; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, II, Milano 2005, p. 170. *Contra*, invece, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 465, per i quali l'istigatore sarebbe solo colui che si limita a rafforzare o eccitare in altri un proposito criminoso già esistente.

rafforzare l'altrui proposito criminoso. Ciò troverebbe conferma nel carattere onnicomprensivo del concetto di istigazione descritto dall'art. 115 c.p., oltre che nella piena fungibilità – specie sul piano del trattamento sanzionatorio – delle nozioni di determinazione e di rafforzamento del proposito suicida nella fattispecie *ex art.* 580 c.p.

Ma nel nostro ordinamento l'istigazione non viene in considerazione solo come forma di partecipazione nel fatto criminoso, bensì anche come figura autonoma di reato. Lo testimoniano le numerose fattispecie istigative contenute sia nella parte speciale del codice penale (artt. 266, 302, 322, 414 e 415 c.p.), sia nella legislazione *extra codicem* (artt. 78, 98, 212 e 213 c.p.m.p.; art. 3, comma 1, lett. *a)* e *b)*, legge n. 654 del 1975).

Secondo certa dottrina ⁽⁴³²⁾, la scelta legislativa di prevedere nel codice apposite fattispecie istigative rappresenterebbe una precisa opzione di politica criminale, giustificabile alla luce del particolare clima politico-sociale in cui fu redatto il codice Rocco. Il legislatore del 1930, in sostanza, avrebbe ritenuto opportuno servirsi di alcune ipotesi speciali di istigazione per scongiurare danni socialmente rilevanti e per tutelare interessi collettivi che, in quel dato momento storico, rivestivano un'importanza fondamentale. Ad oggi, però, è opportuno domandarsi se quella stessa *ratio* ispiratrice possa dirsi ancora attuale. Inoltre, considerato che alcuni Autori ⁽⁴³³⁾ riconducono le suddette ipotesi istigative alla categoria dei reati di opinione, è nostra intenzione analizzarle una ad una per valutare se, effettivamente, esse pongano le medesime problematiche già viste con riferimento alla propaganda e all'apologia, la cui incompatibilità con il vigente sistema giuridico è già stata ampiamente dimostrata.

1.1. L'istigazione a delinquere (art. 414, comma 1, c.p.).

L'art. 414, comma 1, c.p. punisce, per il solo fatto dell'istigazione, chiunque, pubblicamente (v. *infra* par. 4), istighi taluno a commettere uno

⁴³² F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, I, Milano 1943, p. 318; G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, cit. p. 1

⁴³³ L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 101; T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 39. V. *supra* cap. I, par. 1.

o più reati; quanto al trattamento sanzionatorio, esso subisce una consistente variazione a seconda che si tratti di istigazione a commettere delitti (reclusione da uno a cinque anni) o di istigazione a commettere contravvenzioni (reclusione fino a un anno). Oggetto della condotta istigatoria possono dunque essere sia delitti che contravvenzioni; non si richiede che il fatto istigato sia stato individuato attraverso la specificazione del *nomen iuris* che lo qualifica, essendo sufficiente che l'istigazione contenga i presupposti che ne consentano la riconducibilità ad un preciso comportamento penalmente antiggiuridico ⁽⁴³⁴⁾.

Nel concetto di istigazione rilevante ai sensi dell'art. 414 c.p. si suole ricondurre «qualsiasi discorso o scritto diretto a far nascere, rafforzare, eccitare o alimentare il proposito ovvero la risoluzione di altro soggetto, così [da influenzarne] la volontà verso la realizzazione di un fatto criminoso» ⁽⁴³⁵⁾. Si tratterebbe, quindi, di un reato a forma libera, in quanto suscettibile di assumere le più varie connotazioni ⁽⁴³⁶⁾; tant'è che l'istigazione a delinquere è stata ritenuta sussistente anche rispetto al fenomeno del settarismo religioso, sempreché si traduca in un'attività pedagogica diretta ad immettere nell'educando principi antisociali e immorali ⁽⁴³⁷⁾. Nel contempo, però, un'attenta dottrina ⁽⁴³⁸⁾ ha osservato che un'interpretazione così ampia del concetto di istigazione rischia di svincolare l'applicazione della norma dall'esigenza di accertare la sussistenza di un'espressione chiara ed univoca dell'intento dell'agente di far commettere ad altri il reato istigato. Difatti, il disinteresse legislativo verso gli esiti della condotta – espresso dalla clausola che riconduce la punibilità al “solo fatto dell'istigazione” – impone quantomeno di

⁴³⁴ E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 20; G. DE VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino 1993, p. 296. In giurisprudenza v., per tutte, Cass. pen., sez. I, 22 novembre 1974, Bindi, in *Giust. pen.* 1975, II, p. 674.

⁴³⁵ G. BORRELLI, sub *art. 414 c.p.*, in G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. IX, Milano 2010, p. 12 e ss.

⁴³⁶ Così G. BARAZZETTA, sub *art. 414 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI – G. MARINUCCI, Milano 2006, p. 3012.

⁴³⁷ C.A. ROMANO – E. DELBARBA, *Settarismo e delittuosità*, in *Rass. it. crim.* 2002, p. 555.

⁴³⁸ G. DE VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 292; G. INSOLERA, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di CANESTRARI – GAMBERINI – INSOLERA – MAZZACUVA – SGUBBI – STORTONI – TAGLIARINI, Bologna 2006, p. 255.

restringere la portata del comportamento delittuoso, in modo da farlo coincidere esclusivamente con una manifestazione idonea ad influire sulla psiche altrui.

Va quindi respinto quell'orientamento giurisprudenziale ormai recessivo⁽⁴³⁹⁾ che, qualificando l'istigazione come un reato di pericolo astratto, ritiene superfluo l'accertamento dello stesso, in quanto insito nella condotta, giudicata di per sé pericolosa indipendentemente dai suoi effetti. Seguendo una simile interpretazione, infatti, si finisce per colpire indiscriminatamente qualsiasi manifestazione del pensiero, anche la più innocua, disattendendo così la fondamentale garanzia espressa dall'art. 21 Cost., nonché il principio di necessaria lesività. Da qui la scelta di aderire a quel filone interpretativo – inaugurato con la pronuncia della Corte costituzionale del 1970 in tema di apologia (v. *supra* cap. III, par. 1.2) – che richiede la *concreta* idoneità della condotta istigatrice a determinare un pericolo di danno all'ordine e alla sicurezza pubblica.

L'accertamento del pericolo deve essere condotto considerando sia la forza di suggestione della condotta istigatrice, sia il grado di adesione del destinatario al programma illecito. Pertanto, alla luce di questi criteri, la sussistenza del reato *de quo* è stata esclusa rispetto alla pubblicazione di un articolo che, trattando il fenomeno dei sequestri di persona, riportava un elenco di persone facoltose, in quanto si è ritenuto che la condotta non fosse idonea ad incidere, per capacità di persuasione o per forza di suggestione, sull'altrui sfera volitiva⁽⁴⁴⁰⁾; per lo stesso ordine di ragioni, si è negata la configurabilità della fattispecie anche nel caso di diffusione di volantini contenenti l'espressione "occupiamo le scuole e le facoltà", non costituendo condotta idonea a determinare altri soggetti al reato⁽⁴⁴¹⁾.

⁴³⁹ V., tra le tante, Cass. pen., sez. I, 18 marzo 1983, Bonanno, in *Giust. pen.* 1984, II, p. 289; Cass. pen., sez. I, 5 luglio 1985, Sansoni, in *Cass. pen.* 1987, p. 82; Cass. pen., sez. VI, 11 aprile 1986, Alloro, in *Riv. pen.* 1987, p. 311; Cass. pen., sez. I, 14 giugno 1994, Monopoli, *ivi* 1995, p. 1085, che hanno ribadito trattarsi di reato formale o di mera condotta, con evento di pericolo astratto o presunto, non essendo richiesto il verificarsi né del danno temuto, né di una concreta situazione di pericolo.

⁴⁴⁰ Trib. Milano, 5 marzo 1975, Tavazzi, in *Giur. mer.* 1976, II, p. 108, con nota adesiva di G.L. VERRINA, *Profili oggettivi e soggettivi del reato di istigazione a delinquere*.

⁴⁴¹ Trib. Pisa, 10 ottobre 1975, Strambi, in *Foro it.* 1976, II, p. 65. *Contra*, invece, Cass. pen., sez. I, 20 ottobre 1955, Nardo, in *Giust. pen.* 1956, II, p. 167, per cui integra gli estremi dell'istigazione a delinquere la condotta di chi si rivolga ai presenti

L'istigazione, quindi, per essere punibile, «deve assumere un'intensità tale da potersi considerare essa stessa azione», nel senso che «la manifestazione del pensiero deve essere diretta e concretamente idonea a provocare delitti»⁽⁴⁴²⁾. Di conseguenza, se il messaggio istigatorio è astrattamente idoneo a provocare un pericolo, ma poi in concreto non vi sono le circostanze necessarie a garantire l'adesione dei destinatari al programma illecito – perché, ad esempio, questi manifestano un esplicito dissenso verso il messaggio loro diretto⁽⁴⁴³⁾ –, viene a mancare quell'indispensabile offesa per il bene tutelato, che è la sola capace di controbilanciare le garanzie preposte dal sistema costituzionale a tutela della libertà di manifestazione del pensiero. In questi termini, la pubblica istigazione potrà godere delle garanzie apprestate dall'art. 21 Cost. solo qualora non costituisca fattore criminogeno capace di spingere altri alla realizzazione di fatti penalmente rilevanti⁽⁴⁴⁴⁾; laddove, invece, essa si sostanzia in un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti, la libertà di espressione dovrà essere necessariamente sacrificata a favore della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema.

1.2. L'istigazione a disobbedire alle leggi (artt. 266 e 415 c.p.)

L'art. 415, prima parte, c.p. punisce con la reclusione da sei mesi a cinque anni chiunque, pubblicamente, istighi alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico. Pertanto, mentre nell'istigazione a delinquere l'oggetto

in un comizio con le parole “nessuno di voi risponda alla chiamata all'esercito per difendere i capitalisti e gli imperialisti americani”.

⁴⁴² Ass. Roma, 5 marzo 1981, Di Giovanni e altro, in *Giur. it.* 1981, II, p. 481, con nota di A. NAPPI, *Pubblicazione di documenti a scopo informativo ed istigazione a delinquere*.

⁴⁴³ Così Cass. pen., sez. I, 3 novembre 1997, Galeotto, in *Cass. pen.* 1998, p. 2933 che, con riferimento ad una manifestazione pacifista indetta in occasione del coinvolgimento italiano nella Guerra del Golfo, ha censurato la mancata considerazione, nella motivazione della sentenza annullata, di significativi elementi di fatto, quale *l'esplicito dissenso* manifestato dai destinatari del messaggio verso il programma illecito propalato pubblicamente mediante diffusione di volantini incitanti alla diserzione.

⁴⁴⁴ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p. 267; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 49 e ss.; S. FOIS, *Principi costituzionali*, cit., p. 153 e ss.

della condotta istigativa può essere un *qualsiasi* reato, nella presente ipotesi esso viene a coincidere esclusivamente con la disobbedienza alle leggi di ordine pubblico. Questo requisito costitutivo, che a prima vista sembrerebbe circoscrivere con sufficiente chiarezza la portata applicativa della norma, si presta invece a plurime interpretazioni. Tant'è che – in assenza della benché minima specificazione legislativa – nell'accezione di “leggi di ordine pubblico” sono state fatte rientrare le leggi elettorali ⁽⁴⁴⁵⁾, le leggi fiscali o tributarie ⁽⁴⁴⁶⁾, le leggi di ordine pubblico di polizia e, addirittura, le stesse norme penali incriminatrici ⁽⁴⁴⁷⁾. Per arginare una simile “proliferazione interpretativa”, parte della dottrina ⁽⁴⁴⁸⁾ ha tentato di ridurre l'indeterminatezza della fattispecie *de qua*, sostenendo la necessità di una lettura restrittiva della stessa, che circoscrivesse le leggi di ordine pubblico alle sole leggi considerate essenziali al mantenimento dell'ordine pubblico materiale, identificabile nella tranquillità e sicurezza pubbliche (v. *supra* cap. I, par. 2.1.2). Da qui l'impossibilità di attribuire alle leggi elettorali, fiscali o tributarie la natura di leggi di ordine pubblico, data la loro incapacità di garantire serenità e protezione ai cittadini ⁽⁴⁴⁹⁾; quanto alle norme penali incriminatrici, neppure queste possono rientrare nell'accezione di leggi di ordine pubblico rilevante ai sensi dell'art. 415 c.p., giacché l'istigazione a violare tali norme comporta l'applicazione della previsione generale di cui all'art. 414 c.p., come suggerisce peraltro lo stesso principio di specialità ⁽⁴⁵⁰⁾.

Altri Autori, invece, in termini ancora più risoluti, hanno ravvisato nell'art. 415 c.p. «un limite del tutto inammissibile alla manifestazione del pensiero»

⁴⁴⁵ Cass. pen., sez. I, 7 novembre 1967, Di Pasquale e altri, in *Cass. pen.* 1968, p. 2011 e in *Arch. pen.* 1968, p. 294 e ss., con nota critica di S. RAMAJOLI, *Il reato di istigazione a disobbedire alle leggi in rapporto all'astensione all'esercizio al voto*.

⁴⁴⁶ Cass. pen., sez. I, 9 ottobre 1986, Carfoglia e altri, in *Rass. trib.* 1988, II, p. 61.

⁴⁴⁷ G. ROSSO, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 157; O. VANNINI, *Manuale di diritto penale: parte speciale: i singoli delitti e le singole contravvenzioni*, Milano 1954, p. 134.

⁴⁴⁸ P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 209; L. VIOLANTE, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, p. 1008 e ss.

⁴⁴⁹ Cass. pen., sez. I, 16 ottobre 1989, Leghissa ed altri, in *Cass. pen.* 1990, p. 611, con nota adesiva di A. GARGANI, *Leggi fiscali e leggi di ordine pubblico nel quadro dell'art. 415 c.p.* In senso conforme v. anche Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 1991, Trentin e altri, in *Cass. pen.* 1993, p. 823.

⁴⁵⁰ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 470.

(⁴⁵¹), sostenendo l'illegittimità della previsione in discorso, in quanto «rivolta alla tutela di un assetto normativo qualificato che non trova alcuna corrispondenza nel significato costituzionale di ordine pubblico» (⁴⁵²). In altri termini, si dovrebbe riconoscere l'impossibilità di escludere dall'orizzonte della vita democratica certe iniziative dirette a suscitare comportamenti di "disobbedienza civile", trattandosi di «mere forme di protesta collettiva non violenta (..) [che] restano talvolta il solo strumento democratico di lotta contro intollerabili situazioni di sfruttamento o di diseguaglianza» (⁴⁵³). La disposizione *de qua*, al contrario, impedirebbe tali legittime reazioni, vietando ai cittadini di rivendicare i valori etico-sociali in cui credono e comprimendo arbitrariamente la loro libertà d'espressione. Da qui la scelta di sollevare questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 415 c.p., che però è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo solo nella parte in cui prevede come oggetto dell'istigazione l'odio tra le classi sociali senza specificare che essa debba essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità (v. *infra* par. 1.3); quanto all'istigazione a disobbedire alle leggi, invece, si è ritenuto di escluderla dalla declaratoria di incostituzionalità (⁴⁵⁴). Anche la successiva giurisprudenza, peraltro, ha ribadito la piena legittimità di quest'ultima forma istigativa, affermando che, «ai fini della sussistenza del delitto, la condotta dell'agente deve essere, sotto il profilo direzionale, indirizzata a spingere il soggetto istigato alla disobbedienza delle predette leggi e, sotto il profilo strutturale, idonea a determinare questa spinta nel soggetto istigato»; infine, per quanto riguarda il concetto di idoneità della condotta istigatrice – ha aggiunto la Cassazione – esso «non può essere fissato in funzione di un pericolo concreto per la pubblica tranquillità, così come richiesto, invece, per la seconda ipotesi di reato prevista dal predetto articolo dopo l'intervento della Corte costituzionale» (⁴⁵⁵). Una siffatta

⁴⁵¹ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 134.

⁴⁵² G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, cit., p. 3.

⁴⁵³ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 134.

⁴⁵⁴ C. cost., 5 aprile 1974, n. 108, cit.

⁴⁵⁵ Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 1980, Papini, in *Cass. pen.* 1982, p. 952, con nota di P. PISA, *Qualche appunto sull'istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico*. *Contra*, invece, Trib. Sondrio, 11 febbraio 1983, Cerfaglia e altro, in *Foro it.* 1983, II, p. 133 e in *Giur. merito* 1985, p. 172, con nota di L.D. CERQUA, *Istigazione a disobbedire*

affermazione contrasta, però, con il fondamentale principio di offensività del fatto e riflette la contraddittorietà del ragionamento sotteso alla pronuncia del Giudice delle leggi; quest'ultimo, infatti, nel richiedere che *soltanto* l'istigazione all'odio di classe debba essere commessa in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, ha contemporaneamente lasciato intendere che per l'istigazione a disobbedire alle leggi non fosse affatto richiesto un simile pericolo. Il che risulta alquanto incomprensibile, dal momento che il principio di necessaria lesività dovrebbe applicarsi a tutte le fattispecie di reato e non ad alcune soltanto.

Gli stessi profili problematici emergenti dall'art. 415 c.p. si riscontrano anche rispetto all'art. 266 c.p., che disciplina un'ipotesi speciale di istigazione a disobbedire alle leggi, punendo con la reclusione da uno a tre anni chiunque istighi i militari a disobbedire alle leggi o a violare il giuramento dato o i doveri della disciplina militare o altri doveri inerenti al proprio stato. Un'attenta dottrina ha osservato che una parte di questa previsione normativa «dovrebbe essere assorbit[a] nella disposizione dell'art. 414, comma 1, c.p., mentre, per la parte che non concerne la violazione delle leggi penali militari, le previsioni in ess[a] contenute appaiono manifestamente incostituzionali; nella Costituzione, infatti, non sarebbe dato desumere alcuna peculiare esigenza di tutelare gli interessi di cui all'art. 266 c.p. in modo preminente rispetto alla garanzia della libertà di manifestazione del pensiero⁽⁴⁵⁶⁾. Queste osservazioni, unite al dato che la fattispecie – nella sua formulazione letterale – prescinde completamente dall'esistenza di un effettivo pericolo per l'interesse tutelato, hanno indotto alcuni giudici di merito ad impugnare ripetutamente la norma dinnanzi al Giudice costituzionale: prevedibili le reazioni della Corte che, ribadendo il proprio atteggiamento di pura conservazione, ha rigettato l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 266 c.p. per due volte⁽⁴⁵⁷⁾. Nell'ultima pronuncia, in particolare, più che il contenuto argomentativo colpisce la «sommarietà delle enunciazioni», da cui emerge una sorta di «indifferenza,

alle leggi di ordine pubblico ed obiezione fiscale alle spese militari; L. VIOLANTE, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1004; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 470, i quali – correttamente – sottolineano la necessità di effettiva esposizione a pericolo del bene protetto.

⁴⁵⁶ C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 135.

⁴⁵⁷ C. cost., 14 febbraio 1973, n. 16, cit.; C. cost., 23 maggio 1978, n. 71, cit.

(...) sufficienza per l'oggetto da decidere» (458). Il Giudice delle leggi, infatti, si limita a ripercorrere le precedenti decisioni in tema di apologia (459), precisando di aver già «affermato che apologia punibile non è quella che si estrinseca in una semplice manifestazione di pensiero, (...) ma è solo quell'apologia che per le modalità con le quali viene compiuta rivesta carattere di effettiva pericolosità per l'esistenza di beni costituzionalmente protetti»; ricorda inoltre di aver già «puntualizzato la distinzione tra atti la cui apologia costituisce reato e dottrina la cui propaganda deve essere garantita». Ciò premesso, la Corte riprende anche la propria precedente decisione sull'istigazione di militari all'infedeltà o al tradimento (460), ribadendo che l'art. 266 c.p. «offende e minaccia un bene cui la Costituzione riconosce un supremo valore e accorda una tutela privilegiata, in conformità di tutte le costituzioni moderne, da qualsiasi ideologia siano ispirate e da qualunque regime politico-sociale siano espresse». L'art. 266 c.p., quindi, non sarebbe affatto indeterminato, trovando esso applicazione «solo quando l'istigazione sia diretta a commettere gli atti concreti specificatamente elencati, i quali costituiscono, per valutazione legislativa immune da irragionevolezza, pericolo per il bene costituzionalmente protetto» (461).

Secondo alcuni Autori, da queste affermazioni emergerebbe un'innequivocabile «confusione di concetti, quasi parole in libertà tratte da un glossario di diritto penale costituzionale»; la decisione – proseguono – «assimila e confonde il problema della lesività con quello, ben diverso, del bene giuridico» (462), la cui evanescenza, peraltro, è messa a nudo dalla stessa

458 L. STORTONI, *L'incostituzionalità dei reati di opinione: una questione liquidata?*, in *Foro it.* 1979, p. 898

459 Il riferimento è alle già citate sentenze n. 87 del 1966, n. 65 del 1970 e n. 108 del 1974.

460 C. cost., 14 febbraio 1973, n. 16, cit.

461 C. cost., 23 maggio 1978, n. 71, cit.

462 L. STORTONI, *L'incostituzionalità dei reati di opinione*, cit., p. 899. In particolare, nella sent. n. 16 del 1973 la Corte costituzionale sostiene che l'art. 266 c.p. sia posto a tutela del dovere di difesa della Patria. Non è, invece, dello stesso avviso G. LOMBARDI, *Lo Stato può difendersi, ma...non deve esagerare*, in *Giur. cost.* 1973, p. 91, secondo il quale «l'istigazione punita dall'art. 266 c.p. non è volta contro il dovere di difesa della patria, ma si dirige specificamente contro l'obbligo militare, (...) che è sì uno dei modi mediante il quale si realizza il dovere di difesa, ma non si identifica con esso e, soprattutto, il dovere di difesa non opera in tempo di pace, ma soltanto in presenza di uno stato di guerra, come prova il collegamento con l'art. 11 Cost.».

indagine sui reati di istigazione e apologia. Quanto al contrasto tra la norma di cui si eccepisce l'incostituzionalità e l'art. 21 Cost., la sentenza provvede a liquidare prontamente anche questo argomento, collocandosi sulla scia di quella giurisprudenza ⁽⁴⁶³⁾ che, rinvenendo in qualsiasi bene giuridico un possibile limite alla libertà di manifestazione del pensiero, non fa che svuotare di ogni significato il precetto costituzionale, tramutandolo in un dato pressoché insignificante. In definitiva, questa decisione «segn[a] il tramonto (...) di ogni discorso costituzionale sul diritto penale volto a garantire la libertà ideologica dei cittadini» ⁽⁴⁶⁴⁾. Si tratta di un'affermazione indubbiamente forte, sulla cui veridicità ci sentiamo di dissentire almeno in parte: la fattispecie in esame, infatti, non si esaurisce nella mera manifestazione di un pensiero o di un ideale, ma è pur sempre una forma di istigazione che, in quanto tale, presuppone quel *principio d'azione* capace di mettere a repentaglio altri beni costituzionalmente rilevanti.

1.3. L'istigazione all'odio tra le classi sociali (art. 415 c.p.).

L'art. 415, seconda parte, c.p. prevede e punisce il fatto di chiunque istighi all'odio fra le classi sociali. Ora, tanto la nozione di odio, quanto quella di classe sociale sono di difficile individuazione e si prestano a plurime letture. La giurisprudenza si è quindi impegnata a fornire un'interpretazione quanto più uniforme di tali concetti, precisando che «l'odio a cui si deve istigare è un sentimento di profonda avversione,

⁴⁶³ Tra le tante sentenze che ricorrono ai beni costituzionali, utilizzandoli come limiti impliciti alla libertà di manifestazione del pensiero v. Cass. pen., 8 marzo 1962, n. 19, in *Foro it.* 1962, I, p. 595; Cass. pen., 6 luglio 1966, n. 87, *ivi* 1966, I, p. 1650; Cass. pen., 2 aprile 1969, n. 84, *ivi* 1969, I, p. 1376.

⁴⁶⁴ L. STORTONI, *L'incostituzionalità dei reati di opinione*, cit., p. 904. Nello stesso senso v. G. LOMBARDI, *Lo Stato può difendersi, ma...non deve esagerare*, cit., p. 94, il quale ritiene che nella sent. n. 16 del 1973 la Corte costituzionale abbia fornito una «interpretazion[e] riduttiv[a] della nozione di “pensiero” di cui all'art. 21 Cost. secondo un nominalismo culturalmente sterile, e del quale già altra volta [v. ID., “Fedeltà qualificata” e limiti modali alla libertà di manifestazione del pensiero, in *Giur. cost.* 1966, p. 1220] si è messa in luce la pericolosità latente». Infatti – prosegue l'Autore – «mentre si cerca di precisare l'ambito di intangibilità della libertà garantita in Costituzione, si riduce, e talvolta si annulla, il raggio di operatività della relativa garanzia».

tendente a nuocere o a sopraffare con ogni mezzo»⁽⁴⁶⁵⁾, mentre l'accezione di classe sociale «deve essere considerata come categoria sociale, l'elemento unificatore della quale è rappresentato da interessi e prerogative di carattere esclusivamente economico»⁽⁴⁶⁶⁾. Tuttavia, al di là della scarsa determinatezza, il problema principale della fattispecie in esame risiede nella sua incompatibilità con i principi di libertà politica sanciti dall'odierno sistema costituzionale, «alla stregua del quale dovrebbe ritenersi lecito anche l'incitamento a seguire dottrine ideologico-politiche o filosofiche fondate sull'idea del contrasto e della lotta tra le classi sociali»⁽⁴⁶⁷⁾. Tant'è che, sulla scorta di queste premesse, si è convenuto di sollevare questione di legittimità costituzionale dinnanzi al Giudice della legge, per ritenuta incompatibilità dell'art. 415 c.p. con l'art. 21 Cost. La Corte costituzionale, dopo aver respinto l'eccezione di illegittimità sollevata con riferimento all'istigazione a disobbedire alle leggi (v. *supra* par. 1.2), ha dichiarato parzialmente incostituzionale la norma «nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio fra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità»⁽⁴⁶⁸⁾. Questa pronuncia di accoglimento parziale è stata oggetto di un ampio dibattito dottrinale e ha suscitato non poche reazioni critiche, soprattutto in relazione al suo contenuto manipolativo. La Corte, infatti, richiedendo che l'istigazione all'odio sociale debba essere realizzata «in modo pericoloso per la pubblica tranquillità», ha di fatto costituzionalizzato il requisito del pericolo per l'ordine pubblico, imponendo al giudice di constatare se nel caso concreto l'atto istigatorio possa indurre a reazioni violente da parte di terzi o possa comunque produrre concreto turbamento nel corpo sociale. Ciò detto, però, è lecito domandarsi se sia «giusto togliere al legislatore il potere di stabilire

⁴⁶⁵ Cass. pen., sez. I, 17 maggio 1972, Sisi, in *Cass. pen.* 1973, p. 1247.

⁴⁶⁶ Cass. pen., sez. I, 18 marzo 1953, Gelmini, in *Arch. pen.* 1953, II, p. 487; Cass. pen., sez. I, 31 marzo 1955, Piazzini, in *Giust. pen.* 1955, II, p. 695. Nello stesso senso, in dottrina, v. L. VIOLANTE, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1004.

⁴⁶⁷ G. BORRELLI, sub *art. 415 c.p.*, in G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. IX, Milano 2010, p. 12 e ss. La medesima incompatibilità è sottolineata anche da G. DE VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 302; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 471.

⁴⁶⁸ C. cost., sent. n. 108 del 5 aprile 1974, cit.

lui che, in un determinato momento storico e con riguardo alla situazione dell'intero paese, l'istigazione all'odio di classe sia in sé pericolosa e meriti di essere punita anche se non vi sia probabilità di azioni o reazioni violente immediate» (469). Le conseguenze di una campagna d'odio, infatti, possono manifestarsi anche a distanza di tempo; pertanto, non sarebbe così irragionevole che il legislatore volesse colpirla “a monte”, per prevenire successivi disordini. La magistratura, invece, «armata di un concetto così generico ed elastico come quello di “pericolosità per la tranquillità pubblica”» (470), potrebbe far valere convincimenti politici diversi da quelli che hanno ispirato il legislatore, frustrandone la reale volontà. Del resto, già si è visto (v. *supra* cap. I, par. 2.2.2) come l'inserimento di un evento di pericolo quale ulteriore requisito della fattispecie, ove provenisse dalla giurisprudenza costituzionale, difficilmente si sottrarrebbe alla censura di compromettere i principi di legalità e tassatività che regolano la produzione normativa in materia penale sostanziale (471).

Il concetto di “tranquillità pubblica” introdotto dai Giudici costituzionali, peraltro, pone grossi problemi di interpretazione, giacché potrebbe essere inteso sia in chiave meramente soggettiva e psicologica, sia in termini oggettivi e, per così dire, materiali. E anche laddove si appurasse che l'interpretazione più idonea è quella che si collega a una situazione di comportamenti esterni (o materiali) dei consociati, resta comunque il fatto

⁴⁶⁹ G. BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.* 1974, p. 1434.

⁴⁷⁰ G. BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe*, cit., p. 1434.

⁴⁷¹ Così si esprime G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, cit., p. 17, che a sua volta richiama quanto osservato da C. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1975, p. 646, in merito ai problemi sollevati dagli interventi additivi sul tessuto normativo compiuti in materia penale dalla Corte costituzionale.

Sebbene in passato l'opera “creativa” della Corte sia stata spesso contestata, oggi il ricorso alle sentenze additive da parte dei Giudici costituzionali è molto frequente (v., tra le tante, la sent. n. 364 del 24 marzo 1988 sull'art. 5 c.p.) e trova giustificazione nel fatto che la Corte non è libera di “inventare” la norma da aggiungere al significato normativo della disposizione, ma procede – usando una metafora poetica – per “rime obbligate”, completando il “verso” scritto dal legislatore con quell'unica parola che può far tornare il “calcolo delle rime”, e cioè la coerenza sistematica dell'ordinamento. Inoltre, sempre a giustificazione di questo fenomeno, si è detto che la Corte non apporta queste integrazioni per usurpare il potere del legislatore, ma per ridurre al minimo necessario l'effetto ablativo conseguente alla pronuncia di incostituzionalità, garantendo così il pieno rispetto dei principi di economicità e di conservazione dei contenuti normativi. Sull'argomento, v. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2011, p. 426 e ss.

che la cerchia di tali comportamenti, rilevanti ai fini della definizione di tranquillità sociale, non è stata minimamente individuata dalla Corte: perché ci sia tranquillità, è sufficiente una mera astensione dalla commissione di reati? O è forse necessaria l'assenza di discriminazioni a danno di un gruppo sociale? Si tratta di un concetto difficilmente circoscrivibile, così come lo è quello di "pericolosità", le cui possibili letture erano già state vagliate dalla dottrina in occasione della sentenza n. 65 del 1970 sull'apologia di reato (v. *supra* cap. III, par. 1.2).

Muovendo da queste premesse, parte della dottrina è giunta alla conclusione che la sola strada percorribile sarebbe dovuta essere quella dell'abrogazione totale della disposizione: l'istigazione all'odio di classe, infatti, «non appare diretta a turbare immediatamente l'ordine pubblico, ma solo a stimolare un atteggiamento mentale o uno stato d'animo, ritenuto "pericoloso" per la conservazione di determinati equilibri sociali»; pertanto, non si può non riconoscere che «la compromissione, che ne risulta, della libertà d'espressione è troppo grave per essere ritenuta accettabile»⁽⁴⁷²⁾. Già si è visto, del resto, come il libero sfogo delle tensioni di classe giovi all'equilibrio della società più di quanto non gioverebbe il reprimerle e il contenerle fino a trasformarle in implacabile rancore e, quindi, in quella potenziale minaccia per la c.d. "pace sociale" che, invece, si vuole evitare.

Alla medesima conclusione è giunta anche la Corte di cassazione⁽⁴⁷³⁾ che, nel contestare la vincolatività della pronuncia in esame e nel valutare criticamente l'esagerata incidenza dei Giudici costituzionali sul testo normativo, è giunta alla conclusione per cui una siffatta decisione

⁴⁷² C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 114. *Contra*, invece, G. BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe*, cit., p. 1434, il quale ritiene che la Corte costituzionale avrebbe ridotto eccessivamente la portata punitiva della norma. Secondo l'Autore, infatti, limitando l'applicabilità della norma ai soli casi in cui l'istigazione all'odio mascheri un'efficace istigazione alla commissione immediata di un preciso atto criminoso, si finisce per ridurre «al minimo la pratica incidenza della norma nella vita quotidiana del paese», sebbene ciò risponda ad «un'esigenza intrinseca ai nuovi indirizzi politici che vi predominano». Tuttavia, egli confida nella possibilità riservata al legislatore di «rielaborare domani la norma in una nuova formula legislativa e di fare cadere nella sua sfera incriminatrice – qualora egli lo stimi necessario – tutti i fatti espressivi che la sentenza n. 108 gli consente di colpire».

⁴⁷³ Cass. pen., sez. I, 22 novembre 1974, Bindi, in *Giust. pen.* 1975, II, p. 674 e in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1975, p. 646, con nota adesiva di C. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, cit.

implicherebbe la completa caducazione della fattispecie relativa all'odio tra le classi sociali. Richiedendo che l'istigazione avvenga in modo pericoloso per la tranquillità pubblica, infatti, la Corte costituzionale ha inciso sulla fattispecie legale al punto di stravolgerne la struttura, disattendendo il principio di legalità e rendendo la disposizione incriminatrice totalmente incostituzionale (v. *supra* nota 471).

Tuttavia, non va dimenticato che la fattispecie in questione è pur sempre un'istigazione, riconducibile a quelle forme attivizzanti del pensiero che – a differenza della mera apologia o propaganda – sono teleologicamente orientate a suscitare nei destinatari comportamenti modificatori della realtà e che, in quanto tali, non godrebbero della piena garanzia apprestata dall'art. 21 Cost. Pertanto, l'abrogazione totale dell'art. 415 c.p. è un'eventualità che non può essere contemplata, poiché travolgerebbe anche quelle possibilità applicative della norma che si è visto essere compatibili con la legge fondamentale.

Non resta quindi che «suggerire *de iure condendo* una formula tecnica che elimini l'incostituzionalità della norma in esame», senza però sfigurarne il tipo descrittivo, come invece ha fatto la Corte costituzionale. Il suggerimento preciso sarebbe quello di «promuovere il momento del pericolo da modalità di struttura dell'offesa ad elemento a sé stante della tipicità formale, e quindi ad evento di una fattispecie causalmente orientata» (474). Solo in questo modo, infatti, si potrebbe confezionare una disposizione che risulti in linea con i principi cardine del diritto penale, senza disattendere al contempo la garanzia predisposta dall'art. 21 Cost.

1.4. L'istigazione all'odio razziale o etnico (art. 3, comma 1, lett. a) e b), legge n. 654 del 1975).

L'art. 3, comma 1, lett. a), della legge n. 654 del 1975 – successivamente modificata dalle leggi n. 205 del 1993 e n. 85 del 2006 – si articola in due distinte fattispecie: la prima riguarda la propaganda di idee fondate sulla

⁴⁷⁴ G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, cit., p. 16.

superiorità o sull'odio razziale od etnico (v. *supra* cap. II, par. 2); la seconda, invece, prevede e punisce il fatto di chi istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Quest'ultima forma istigativa fa *pendant* con un'altra ipotesi di istigazione, descritta dalla lett. *b)* del medesimo articolo, che disciplina il fatto di chi istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per i medesimi motivi di cui all'ipotesi *sub a)*.

Si tratta di due figure criminose in parte controverse che, per fugarne ogni dubbio di legittimità costituzionale, sono state sottoposte a molteplici "ritocchi" e modifiche legislative; ad oggi, tuttavia, sebbene appaiano maggiormente in linea con il dettato costituzionale, restano comunque "problematiche" e sono spesso al centro di accesi dibattiti.

a) Come è cambiata la fattispecie di istigazione all'odio razziale dal 1975 ad oggi.

Nella sua originaria formulazione, l'art. 3 della legge n. 654 del 1975 – con cui il nostro Paese ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale – puniva chiunque incitasse "in qualsiasi modo alla *discriminazione*". L'estrema genericità della previsione normativa, che sanzionava il fatto senza distinguere se l'incitamento incorporasse o meno una reazione di effettiva pericolosità rispetto alla perpetrazione dei reati istigati, mostrava fin dal suo nascere profili di marcata incostituzionalità e contrastava con gli insegnamenti della Corte costituzionale, che aveva ritenuto illegittimo l'art. 415 c.p. nella parte in cui puniva la *semplice* istigazione all'odio tra le classi sociali (v. *supra* par. 1.3). La disposizione, infatti, mirava a scongiurare politiche discriminatorie diffuse e incriminava l'istigatore unicamente «per il clima nefando di erosione che andava provocando ai valori basilari della società democratica»⁽⁴⁷⁵⁾.

Ora, va da sé che un'attività di incitamento alla discriminazione così formulata non poteva considerarsi penalmente rilevante, «incentrandosi

⁴⁷⁵ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 197.

l'intero disvalore del fatto su di una condotta non solo legittima, ma addirittura espressiva di un diritto costituzionalmente garantito»⁽⁴⁷⁶⁾. Da qui la necessità di riformulare il testo legislativo incriminando l'incitamento alla commissione di singoli "atti di discriminazione", così da introdurre nella condotta quel principio di azione necessario ad escludere l'operatività dell'art. 21 Cost. In questa nuova prospettiva, peraltro, il bene giuridico tutelato sembra perdere quella valenza essenzialmente collettiva che lo contraddistingueva in passato, per recuperare invece una connotazione strettamente individuale e personalistica di tutela del singolo⁽⁴⁷⁷⁾: l'essere umano assurge a oggetto giuridico da tutelare, postulando un rispetto della persona umana che non tollera alcuna differenziazione. Quanto all'istigatore, egli non viene più punito perché mina i valori basilari della società democratica, ma perché «autore di una condotta che (...) si palesa vieppiù come potenzialmente lesiva del bene giuridico tutelato dal reato di riferimento finale»⁽⁴⁷⁸⁾, ossia l'essere umano con la sua dignità. Grazie alla novella introdotta dalla legge n. 205 del 1993, quindi, «la condotta si pone sempre più "oltre il confine" dell'ambito di possibile tutela dell'art. 21 Cost.»⁽⁴⁷⁹⁾, dando vita ad una nuova realtà che necessita di un bilanciamento, sicuramente delicato, tra dignità individuale e libertà espressiva. Nel contempo, però, il legislatore del 1993 – sull'onda di una forte recrudescenza degli atti di intolleranza razziale manifestatasi agli inizi degli anni Novanta – ha avvertito la necessità di ampliare l'area di illiceità penale: così si spiega la decisione di escludere il requisito della violenza o della provocazione alla violenza dagli atti di discriminazione *ex art. 3, lett. a)*, che tuttavia continua a rilevare per l'ipotesi *sub lett. b)*. Inoltre, per assicurare una tutela sempre maggiore contro ogni forma di discriminazione, il legislatore ha altresì convenuto di estendere i criteri di qualificazione delle condotte criminose, aggiungendo alle discriminazioni

⁴⁷⁶ E. FIORINO, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali* (nota a Cass. pen., sez. I, 26 novembre 1997, *Insabato*), in *Cass. pen.* 1999, p. 986.

⁴⁷⁷ In questi termini si esprime G.A. DE FRANCESCO, *Commento al d. l. 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Leg. pen.* 1994, p. 179.

⁴⁷⁸ E. FIORINO, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento*, cit., p. 986.

⁴⁷⁹ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 197.

attinenti alla sfera “razziale, etnica o nazionale” (già previste dal legislatore del 1975) anche quelle relative alla sfera religiosa.

La novella del 2006 (v. *supra* cap. I, par. 3.4), infine, ha sostituito la previgente condotta di “incitamento” con quella di “istigazione”. A dire il vero, si è trattato di una modifica giudicata dai più superflua e irrilevante, posto che «l’incitamento e l’istigazione risultano termini equivalenti nel designare una condotta diretta a sollecitare il compimento di atti di discriminazione» (480). Più significativa, invece, è sembrata la sostituzione della condotta di “diffusione” con quella di “propaganda”, che ha però interessato l’ipotesi *sub* art. 3, lett. *a*), prima parte (v. *supra* cap. II, par. 2). Quanto al profilo sanzionatorio, la legge n. 85 del 2006 ha provveduto ad attenuare il rigore della fattispecie *ex* art. 3, lett. *a*), che ora prevede la pena alternativa della reclusione (fino a un anno) o della multa (fino a seimila euro), in luogo della sola reclusione fino a tre anni precedentemente comminata. In ultima analisi, ciò che si evince da quest’ultimo intervento riformatore è la rinnovata volontà di conservare la norma in esame: scartata la strada dell’abrogazione, si è preferito ridimensionare il carico punitivo della fattispecie, senza delimitarne più di tanto la condotta punibile. Restano, quindi, in tutta la loro portata, entrambe le previsioni *sub* lett. *a*), II parte, e *b*), che a questo punto differiscono tra loro solo per il trattamento sanzionatorio e per il requisito della violenza, richiesto unicamente dall’ipotesi di cui alla lett. *b*).

⁴⁸⁰ T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato*, cit., p. 28. Nello stesso senso si esprimono L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., 121; A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva*, cit., 138; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova 2009, p. 202; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli*, cit., p. 223. *Contra*, invece, G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. II, Roma 2007, p. 1, per il quale l’istigazione è «un’azione di spinta, di provocazione, oppure di persuasione», mentre «l’incitare si risolve nell’esortare, spronare, stimolare a compiere qualcosa: è una fattispecie meno circoscritta dell’istigazione»; C. CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 147, per il quale la sostituzione del termine “incita” col termine “istiga” avrebbe un senso, quello cioè di «pretendere un più attivo coinvolgimento nell’attività di convincimento». L’Autore, però, si affretta ad ammettere che «questa innovazione non sembra possa avere particolari concrete conseguenze».

b) Riflessioni critiche.

Nonostante gli sforzi del legislatore del 1993, tesi a conferire maggiore offensività alla fattispecie e a renderla pienamente compatibile con l'art. 21 Cost., questa non ha mancato di suscitare forti reazioni critiche, stimulate – il più delle volte – da una giurisprudenza troppo rigorosa, oltre che poco rispettosa dei principi cardine del diritto penale.

Emblematica, al riguardo, è apparsa una decisione della Cassazione che, con riferimento ad una manifestazione di odio razziale svoltasi in uno stadio, ha condannato l'imputato ai sensi dell'art. 3, lett. b), l. n. 654 del 1957, «a nulla rilevando che nell'immediatezza del fatto quell'incitamento e quella provocazione non siano stati raccolti dai presenti, non essendo il conseguimento di tali effetti richiesto dalla norma incriminatrice, che si limita a prevedere un reato di pura condotta e di pericolo astratto, e non essendo revocabili in dubbio (...) la carica provocatoria e la potenzialità di un gesto *simbolicamente* violento compiuto alla presenza di una vasta ed eterogenea platea» (481).

Premesso, in proposito, che la fattispecie istigativa in discorso consiste in una forma di tutela preventiva ed anticipata dei beni protetti dagli atti discriminatori, nell'interpretazione e nell'applicazione della medesima dovrebbe tenersi conto dell'attitudine di tale condotta a provocare in concreto il verificarsi dei fatti istigati. Di conseguenza, dovrebbe considerarsi illecito soltanto quell'incitamento (dal 2006, quell'istigazione) che risulti concretamente idoneo ad indurre alla commissione degli atti istigati. Ciò detto, quindi, non può sottacersi la «singolarità» della suddetta decisione, che manifesta un atteggiamento «assolutamente incurante ed elusivo dei fondamentali criteri ai quali si riporta la preminente dottrina penalistica» (482), per giustificare la punibilità di quelle condotte che interferiscono con l'esercizio di legittime libertà ideologiche e politiche. In particolare, la Suprema Corte non può considerare irrilevante la mancata adesione dei presenti al messaggio istigatorio, né può giudicare «pericoloso» un mero gesto simbolico, giacché, partendo da queste premesse, si rischia

⁴⁸¹ Cass. pen., sez. I, 26 novembre 1997, n. 724, Insabato, in *Cass. pen.* 1999, p. 983, con nota critica di E. FIORINO, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento*, cit.

⁴⁸² E. FIORINO, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento*, cit., p. 986.

di colpire fatti privi di rilevanza pratica ed inidonei a condizionare l'altrui sfera di attività. La condotta istigativa, infatti, per poter essere punita, deve necessariamente presupporre quel principio (o cominciamento) d'azione che la distingue sia dall'apologia che dalla propaganda e che segna il confine tra libertà d'espressione e responsabilità penale. Ciò che deve essere incriminato, dunque, non è la mera manifestazione di un pensiero, bensì il «pensiero fattivo»⁽⁴⁸³⁾, idoneo ad influire sull'altrui volontà e capace di estrinsecarsi nella realtà circostante, determinando nei destinatari una corrispondente decisione d'agire che ponga concretamente in pericolo il bene protetto. Solo se intesa in questi termini, quindi, l'istigazione alla discriminazione può dirsi costituzionalmente legittima.

Nonostante queste precisazioni, però, l'istigazione all'odio razziale resta «un reato difficile da definire, suscettibile di applicazioni arbitrarie, pronto a travolgere le garanzie da lunga pezza elaborate per la tutela della libertà di pensiero»⁽⁴⁸⁴⁾. Come accade per molti reati di opinione, infatti, le tante difficoltà connesse allo scrutinio di pericolosità rendono la fattispecie il più delle volte inapplicabile.

Altrettanto problematica, inoltre, appare l'individuazione del bene giuridico offeso dal reato: esclusa l'ipotesi che l'ordine pubblico possa rappresentare un limite alla manifestazione del pensiero razzista, già si è visto che sembrerebbe preferibile conferire una dimensione *personalistica* al bene che si vuole proteggere, che verrebbe quindi a coincidere con la dignità umana o con l'onore del gruppo etnico-razziale preso di mira. E in quest'ottica – ha osservato una certa dottrina – il reato in questione vedrebbe i suoi confini così ampliati «da poter essere comparabile (...) a quella diffamazione di gruppo che troviamo in molti altri ordinamenti stranieri⁽⁴⁸⁵⁾»⁽⁴⁸⁶⁾. Sennonché, caratteristica fondamentale della

⁴⁸³ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 197.

⁴⁸⁴ M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale*, cit., p. 17.

⁴⁸⁵ Il riferimento è, in particolare, all'ordinamento francese, ove si è pensato di utilizzare l'onore dei gruppi come bene capace di sostenere e integrare la tradizionale tutela dell'ordine pubblico.

⁴⁸⁶ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 197. La medesima opinione è condivisa da S. LARICCIA, *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale nella società italiana*, cit., p. 86, il quale è del parere che le due sentenze in commento dovrebbero essere lette come accoglimenti “pretori” della diffamazione di gruppo in Italia.

diffamazione, che contribuisce ad escluderla dal novero dei controversi reati di opinione ⁽⁴⁸⁷⁾, è proprio quella di dirigersi contro soggetti *determinati*. Una diffamazione *di gruppo*, pertanto, sarebbe una contraddizione in termini, che comporterebbe il rischio di punire non una vera e propria offesa, ma una semplice manifestazione di opinioni riferita in termini generalizzanti. Senza contare, tra l'altro, che una simile disciplina «aprirebbe il varco alle rivendicazioni di *tutti* i gruppi (che si ritengono) discriminati, sino ad imprigionare il discorso pubblico in una serie infinita di divieti» ⁽⁴⁸⁸⁾. Il discorso razzista *targeted* (diretto a persone determinate), invece, che di fatto si sostanzia in un'ingiuria o in una diffamazione strettamente intesa, non fonda la limitazione del pensiero sul rispetto di evanescenti principi morali o di una dignità umana foriera di ambiguità, ma sulla tutela di diritti spettanti a soggetti determinati e, proprio per questo, fuoriesce dal novero dei meri reati di opinione (v. *supra* cap. I, par. 1).

In ultima analisi, non può essere sottaciuta la forte valenza simbolica della disciplina in esame, adottata con il fine ultimo di «sancire quella “morale pubblica” ispirata all'eguaglianza che i documenti internazionali esaltano» ⁽⁴⁸⁹⁾: l'Europa, ancora provata dalla tragica esperienza dell'Olocausto, ha perso fiducia nella razionalità e nella moralità dell'essere umano e, per scongiurare il ripetersi della Storia, ha formulato un giudizio di pericolosità presunta di certe ideologie. Partendo da questi presupposti, però, si corre il rischio di mettere definitivamente a tacere il pensiero di altre minoranze e «si è costretti a presupporre paradossalmente che discutere di razze significhi affrontare tematiche escluse dagli orizzonti della politica» ⁽⁴⁹⁰⁾, quando invece non è più così. Il discorso razzista, infatti, è sempre più

⁴⁸⁷ Come già si è visto (v. *supra* cap. I), infatti, tra le caratteristiche dei reati di opinione vi è anche quella di essere posti a tutela di beni giuridici immateriali ed evanescenti, riconducibili alla titolarità di un insieme *indeterminato* di soggetti o all'intera *collettività* dei consociati. Ne deriva che non possono essere etichettate come “reati di opinione” quelle fattispecie che aggrediscono sentimenti *individuali*, quali l'onore o la dignità di una persona *determinata*. Da qui la tendenza ad escludere dalla categoria in esame ipotesi come l'ingiuria e la diffamazione.

⁴⁸⁸ M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale*, cit., p. 30.

⁴⁸⁹ M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale*, cit., p. 18.

⁴⁹⁰ M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale*, cit., p. 32.

spesso anche un discorso politico ⁽⁴⁹¹⁾ (basti pensare alla tematica dell'immigrazione) e come tale dovrebbe trovare spazio in uno Stato democratico, fino a che – si intende – non trasmodi in quel principio d'azione che segna l'ingresso nell'area del penalmente rilevante.

1.5. La circostanza aggravante dell'aver agito per finalità di discriminazione o di odio razziale (art. 3, legge n. 205 del 1993).

Pur esulando dalla tematica dell'istigazione, una completa indagine critica sul problema del “discorso razzista” richiede di soffermarsi anche sulla circostanza aggravante prevista dall'art. 3, l. n. 205 del 1993, che prevede un aumento della pena fino alla metà allorché un reato sia commesso “per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità”.

La controversa interpretazione della fattispecie in esame ha determinato un acceso contrasto giurisprudenziale, che ha visto contrapporsi due diversi orientamenti interpretativi ⁽⁴⁹²⁾. Secondo l'indirizzo più rigoroso, rivolgersi ad un esponente di una minoranza etnica con espressioni che combinano una qualità negativa (es. sporco) al dato razziale (es. negro), costituirebbe sempre e comunque un'ingiuria aggravata dalla finalità di discriminazione o odio razziale. L'accertamento di tale finalità, quindi, non sarebbe subordinato ad una verifica circa la reale sussistenza dell'elemento psicologico sottostante al reato, non avendo alcun rilievo la mozione soggettiva dell'agente. Sarebbe invece sufficiente soffermarsi sul contenuto della dichiarazione che, laddove evocasse la razza del soggetto in un contesto di ingiuria, esprimerebbe *intrinsecamente* un intento di

⁴⁹¹ In questi stessi termini si era pronunciata anche la Suprema Corte degli Stati Uniti d'America quando, nel decidere il caso *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957), cit., aveva ritenuto di applicare al *racist speech* gli stessi principi a suo tempo formulati per il *communist speech*. Sul punto v. M. ROSENFELD, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, in *Cardozo Law School* 2001, Public Law Research Paper n. 41.

⁴⁹² Una puntuale panoramica sui contrapposti orientamenti giurisprudenziali aventi ad oggetto l'aggravante in esame è offerta da M. BELLINA, *Dal “marocchino” allo “sporco negro”*: due contrastanti sentenze in tema di ingiuria e di discriminazione razziale, in *www.personaedanno.it*, 20 maggio 2005.

discriminazione razziale, la finalità d'odio essendo insita nell'epiteto ingiurioso. In questi termini si è pronunciata anche la Corte di cassazione, affermando che l'espressione "sporco negro" è inequivoca nel particolare significato che assume, collegandosi ad un pregiudizio di inferiorità di una razza rispetto ad un'altra; pertanto, «nel caso in cui tale epiteto sia diretto inequivocabilmente nei confronti di una persona di pelle scura, non [ha] alcun rilievo l'analisi sulla motivazione soggettiva dell'agente» (493).

Senonché, ricorrendo ad un'interpretazione così ampia del concetto di discriminazione razziale (494), si finisce per applicare l'aggravante in esame a tutte quelle generiche manifestazioni verbali connotate da espliciti riferimenti razzisti, etnici o religiosi, con il rischio di punire allo stesso modo espressioni che, pur essendo eguali nella forma, sono diverse nel loro contesto contenutistico; «si pensi, ad esempio, ad un zuffa tra due amici di diversa provenienza geografica, in cui si addivenisse ad uno sgradevole

⁴⁹³ Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381, Gregorat, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 2007, p. 1449, per cui l'insulto "vai via di qua, sporca negra", rivolto ad un esponente di una minoranza etnica, costituisce sempre e comunque un'ingiuria aggravata dalla finalità di discriminazione o odio razziale. In senso conforme, v. Cass. pen., sez. V, 23 settembre 2008, Vitali, in *Ced Cass. rv.* 242219; Cass. pen., sez. V, 5 ottobre 2009, n. 38597, in *Cass. pen.* 2010, fasc. 11, p. 3833.

⁴⁹⁴ Un'interpretazione altrettanto ampia ha interessato la fattispecie di ingiuria semplice ex art. 594 c.p. La Cassazione ha affermato che l'utilizzo reiterato del termine "marocchino" da parte di un cittadino italiano nei confronti di un extracomunitario è da considerarsi un insulto razzista, penalmente rilevante ai sensi dell'art. 594 c.p. In particolare, la Suprema Corte (Cass. pen., sez. V, 20 maggio 2005, n. 19378, Sciancalepore, in *www.personaedanno.it*, 20 maggio 2005) ha affermato che «il rispetto dell'altrui persona esige che ad essa ci si rivolga appropriatamente, mediante l'uso del nome e del cognome»; sostantivare l'aggettivo che riflette la provenienza etnica di una persona e apostrofarla in tal modo, quindi, costituisce un'ingiuria «che si connota, per giunta, di chiaro intento di discriminazione razziale, rendendo così più riprovevole sotto il profilo soggettivo la condotta offensiva». Ora, tali conclusioni lasciano perplessi per un triplice ordine di motivi: innanzitutto, «non è facile immaginare come un'espressione che richiama le radici e le origini etniche di una persona possa essere lesiva dell'onore e del decoro di questa» (M. BELLINA, *Dal "marocchino" allo "sporco negro"*, cit.); inoltre, «se il legislatore avesse voluto esigere un particolare *animus* dell'agente, semplicemente l'avrebbe detto, [ma] non essendovene traccia nella lettera del codice, un tale elemento non può essere richiesto dall'interprete»; infine, «si deve rilevare che le malevoli ragioni che stanno alla base della condotta abbiano poco a che fare con l'elemento oggettivo; semmai, esse potrebbero rilevare, qualora fosse richiesto un dolo specifico, ai fini della sussistenza dell'elemento psicologico». In sostanza, «desumere l'offensività della condotta materiale dall'atteggiamento psicologico dell'agente appare una forzatura» (M. BELLINA, *Sostantivazione dell'aggettivo che riflette la provenienza etnica della persona e delitto di ingiuria: il caso del "marocchino"*, in *Cass. pen.* 2006, p. 60). Queste riflessioni mettono in luce come, ancora una volta, il diritto penale sia stato utilizzato arbitrariamente quale strumento prioritario nella lotta contro le discriminazioni, quando invece esso dovrebbe intervenire solo in via sussidiaria, laddove le misure extrapenali si dimostrino insufficienti.

scambio di insulti sul differente colore della pelle» (495). In casi del genere, l'assenza di una disamina adeguata circa l'effettivo atteggiamento psicologico dell'agente «apre la via (...) ad una sorta di “criminalizzazione della parola”» e comporta il rischio di «interpretazioni oggettivizzanti dell'aggravante speciale» (496), che disattendono il principio di colpevolezza e vanificano gli sforzi compiuti dal legislatore del 1990; quest'ultimo, infatti, intervenendo proprio in materia di presupposti soggettivi di applicabilità delle circostanze aggravanti, aveva richiesto quantomeno un atteggiamento colposo in capo all'agente, non essendo ammissibile nel nostro ordinamento alcuna forma di responsabilità oggettiva.

In sostanza, laddove si ritenga superflua l'indagine su un elemento quale la “finalità discriminatoria” – espressamente previsto dalla legge e con un ruolo fondante rispetto alla ragione dell'aggravamento di pena – si finisce per «nega[re] autonomo significato all'aggravante della discriminazione razziale, tanto da svuotarla di contenuti, “appiattendola” sul reato cui essa accede, cioè l'ingiuria» (497). Stando alla lettera della legge, infatti, l'art. 3 della legge citata non si accontenta di meri “motivi” di discriminazione, ma richiede una precisa “finalità” discriminatoria. Cioè a dire che non basterebbero semplici motivazioni interne all'agente, ma assumerebbe rilevanza la vera e propria finalità esterna della condotta, volta a divenire esempio per gli altri e tale da generare atti emulativi, e quindi ulteriori episodi di discriminazione. Questa lettura della disposizione, certamente più aderente ai principi di offensività e di materialità del fatto, è condivisa anche dal Supremo Collegio, quando afferma che «ai fini della configurabilità dell'aggravante (...), non può considerarsi sufficiente che l'odio etnico, nazionale, o religioso sia stato, più o meno riconoscibilmente, il sentimento che ha ispirato dall'interno l'azione delittuosa, occorrendo invece che questa, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri

⁴⁹⁵ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 205.

⁴⁹⁶ L. FERLA, *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, p. 1449.

⁴⁹⁷ M.T. TRAPASSO, *Il ruolo fondamentale dei “coefficienti soggettivi” nelle fattispecie penali in materia di discriminazione razziale: il caso della circostanza aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale*, in *Cass. pen.* 2010, f. 11, p. 3833.

il suddetto, riprovevole sentimento o comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori». Di conseguenza – prosegue la Cassazione – non si può «apoditticamente affermare che l'uso dispregiativo del termine “negre”, accompagnato da altri epiteti “ingiuriosi”, (...) [rivel] il reale pensiero degli aggressori, mosso da finalità di odio razziale e/o etnico»; al contrario, ciò che si deve dimostrare è «come e perché non il pensiero, ma la condotta ingiuriosa addebitata all'imputato [sia] da ritenere consapevolmente finalizzata e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile e suscitare in altri proprio quel sentimento di odio (...) ovvero a dar luogo al concreto pericolo di immediati o futuri comportamenti discriminatori basati sulla differenza di razza» (498).

2. Forme speciali di istigazione e art. 115 c.p.

L'esclusione delle condotte istigative dalla garanzia di cui all'art. 21 Cost. e la loro qualificazione in termini di “principio di azione diretto ad offendere” sembrerebbero mal conciliarsi con la disciplina riservata all'istigazione nella parte generale del codice penale (499). L'art. 115 c.p., infatti, escludendo la punibilità dei concorrenti qualora all'istigazione (accolta o meno) non segua la commissione del reato, tratta l'istigazione alla stregua di una manifestazione del pensiero estranea all'ambito del penalmente rilevante, riferendola, invece, a quel complesso di atteggiamenti interiori a salvaguardia dei quali è stato coniato il brocardo latino *cogitationis poenam nemo patitur*. Non a caso, lo stesso art. 115 c.p. viene invocato a sostegno del fatto che il nostro sistema penale si fonda sul principio di materialità: di per sé, l'istigazione a commettere un reato è qualcosa di meno del

⁴⁹⁸ Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295, Paoletich, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 2007, p. 1449.

⁴⁹⁹ In questi termini si esprime G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, cit., p. 6.

tentativo punibile ⁽⁵⁰⁰⁾, potendo essere al più un indice di pericolosità sociale dell'agente.

Tuttavia, si è obiettato che, contestualmente alla suddetta previsione, l'art. 115 c.p. introduce anche un'espressa clausola di riserva che fa salve le numerose fattispecie istigative contenute nella parte speciale le quali, pertanto, si porrebbero come eccezioni rispetto alla regola generale di cui all'art. 115 c.p. ⁽⁵⁰¹⁾; e la ragione sottesa alla punibilità di queste forme istigative speciali sarebbe da individuarsi in una precisa scelta di politica criminale compiuta dal passato regime ⁽⁵⁰²⁾, quella cioè di predisporre una serie di figure criminose capaci di arginare la «diminuzione [di] fiducia nella sicurezza sociale che l'istigazione arreca nella popolazione, in considerazione della pubblicità [v. *infra* par. 3] dell'azione commessa» ⁽⁵⁰³⁾. Le considerazioni sinora svolte, quindi, non fanno che riaffermare la già nota «frattura tra l'intelaiatura generale del sistema penale vigente, di per sé ancora “svincolata” (...) dalla matrice politica, e l'agguerrito impianto repressivo che il regime si assicurava attraverso le norme incriminatrici di parte speciale» ⁽⁵⁰⁴⁾. Il che dovrebbe suonare come un campanello d'allarme, volto a ribadire per l'ennesima volta la necessità di un impegno interpretativo rigorosamente aderente ai principi costituzionali e sganciato da qualsivoglia convinzione politica.

3. Il requisito della pubblicità.

Con riferimento alle forme speciali di istigazione, assume un ruolo di primaria importanza il requisito della pubblicità che, oltre a costituire una caratteristica essenziale delle fattispecie in discorso, ne segna anche la «differenza

⁵⁰⁰ Sul tema dei rapporti tra l'art. 115 c.p. e il delitto tentato si rimanda a L. VIOLANTE, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1004.

⁵⁰¹ Sono di questo avviso R. DOLCE, voce *Istigazione a delinquere*, cit., p. 995; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 158. *Contra*, invece, G. ROSSO, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 151.

⁵⁰² G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, cit., p. 3.

⁵⁰³ G. BORRELLI, sub *art. 414 c.p.*, cit., p. 21. Nello stesso senso si esprimono E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 8; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 161. In giurisprudenza, questa affermazione è condivisa da Cass. pen., sez. I, 22 novembre 1974, Bindi, in *Giust. pen.* 1975, II, p. 674.

⁵⁰⁴ G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, cit., p. 6.

strutturale rispetto al fenomeno istigativo di parte generale»⁽⁵⁰⁵⁾ (v. *supra* par. 2).

Quanto alla *natura* di tale requisito, è indubbiamente preferibile aderire a quella opinione – condivisa dalla dottrina prevalente⁽⁵⁰⁶⁾ – che lo considera elemento costitutivo della fattispecie. Sarebbe infatti impensabile classificarlo alla stregua di una condizione oggettiva punibilità, posto che «proprio tale pubblicità rappresenta uno degli aspetti su cui incide la valutazione del pericolo che deve scaturire dalla condotta posta in essere»⁽⁵⁰⁷⁾; inoltre, una siffatta qualificazione non garantirebbe sufficiente copertura soggettiva all'elemento in discorso e si porrebbe in contrasto con il fondamentale principio di colpevolezza.

L'art. 266, ultimo comma, c.p. offre un concreto appiglio normativo, utile a circoscrivere la portata della *nozione* di “pubblicità”. In particolare, la legge prevede che “il reato si considera avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso: 1) col mezzo della stampa o con altro mezzo di propaganda; 2) in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone; 3) in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo od oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata”.

Come risulta già ad una prima lettura, la suddetta disposizione pare delineare una definizione «troppo ampia»⁽⁵⁰⁸⁾ e indeterminata del concetto di pubblicità. Innanzitutto, il riferimento ai “mezzi di propaganda” è «estremamente largheggiante»⁽⁵⁰⁹⁾, tant'è che la giurisprudenza vi ha fatto rientrare anche le scritte e i disegni verniciati sui muri di un locale scolastico⁽⁵¹⁰⁾. Nel contempo, però, per quanto molto estensiva, essa «rischia (...) attualmente di risultare inadeguata se si pensa ai nuovi mezzi di comunicazione di massa (in particolare, la “Rete delle Reti”), che difficilmente, se non violando il divieto di

⁵⁰⁵ C. VISCONTI, *I delitti di istigazione, apologia e pubblica intimidazione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, vol. III, Torino 2008, p. 1044.

⁵⁰⁶ L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 259; E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 17; G. DE VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 296; R. DOLCE, voce *Istigazione a delinquere*, cit., p. 998; B. OLIVERO, *Apologia e istigazione (reati di)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Varese 1958, p. 621.

⁵⁰⁷ B. OLIVERO, *Apologia e istigazione*, cit., p. 621.

⁵⁰⁸ L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 243.

⁵⁰⁹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 341.

⁵¹⁰ Cass. pen., sez. I, 18 aprile 1983, Calà, in *Foro it.* 1984, II, p. 391.

analogia in materia penale, possono (...) rientrare» in una simile espressione (511).

Quanto all'accezione di "luogo pubblico o aperto al pubblico", in dottrina (512) si è precisato che è "luogo pubblico" quello in cui è consentito continuativamente, senza condizioni, il libero accesso ad una quantità indeterminata di persone, mentre è "aperto al pubblico" quello a cui si può accedere non continuativamente, ma solo adempiendo a certe condizioni o solo in momenti determinati o in non più di un certo numero di persone. Tuttavia, si è correttamente osservato che «la pubblicità del luogo non è di per sé sufficiente a determinare la pubblicità del reato, in quanto se nessuno è presente nel luogo pubblico o aperto al pubblico, è manifesto che l'azione non esca dalla sfera individuale di chi la compie» (513); oltre al luogo pubblico o aperto al pubblico, quindi, occorre anche la contestuale presenza di *più* persone. È però controverso quale debba essere il numero minimo di destinatari dell'istigazione: secondo alcuni Autori (514), basterebbe che l'istigazione venisse *percepita* da almeno uno dei destinatari; per altri (515), invece, sarebbe addirittura sufficiente che l'istigazione fosse *rivolta* ad una sola persona. La dottrina maggioritaria (516), comunque, richiede che l'istigazione avvenga alla presenza di *almeno due* persone, anche se – a dire il vero – considerati i «presupposti di psicologia di massa a cui dovrebbe propriamente ancorarsi una valutazione legislativa di ordinaria pericolosità di una determinata situazione rispetto al prodursi di fatti criminosi» (517), sarebbe di

⁵¹¹ L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 244. Il carattere «ormai obsoleto» della definizione in esame è messo in luce anche da G. BORRELLI, sub *art. 414 c.p.*, cit., p. 27.

⁵¹² V., per tutti, L. VIOLANTE, *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, p. 989. In giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. I, 5 luglio 1985, Sansoni, in *Ced Cass. rv. 170599*, che ha ritenuto configurabile il reato nel caso di istigazione commessa nel corso di riunioni avvenute in un cantiere di escavazione; Cass. pen., sez. I, 11 giugno 1986, Nastri, *Ced Cass. rv. 174485*, che ha ritenuto integrato il requisito della pubblicità con riferimento ad un episodio di istigazione avvenuto nel salone di un barbiere.

⁵¹³ L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 253.

⁵¹⁴ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 467.

⁵¹⁵ R. DOLCE, voce *Istigazione a delinquere*, cit., p. 999.

⁵¹⁶ G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, cit. p. 13; G. ROSSO, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 154. Questa opinione dottrinale – assolutamente maggioritaria, ma non pienamente condivisibile – è avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità: v., in particolare, Cass. pen., sez. I, 14 dicembre 1973, Zanche, in *Cass. pen. 1975*, p. 510; più di recente, Cass. pen., sez. un., 27 marzo 1993, in *Ced Cass. rv. 191179*.

⁵¹⁷ G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano 1988, p. 201.

gran lunga più corretto fare riferimento ad una «pluralità indeterminata di persone la quale, pur non dovendosi identificare in una collettività, deve per forza essere formata da *più di due* persone»⁽⁵¹⁸⁾. Infatti, una cosa è persuadere qualche amico, altro è convincere un *gruppo* di persone, soprattutto se si considera il bene messo a repentaglio dall'istigazione, ossia la sicurezza e la tranquillità pubblica.

Infine, è opportuno spendere qualche parola anche in merito al concetto di “riunione non privata” di cui all'ipotesi *sub 3* dell'art. 266 c.p. Premesso che, secondo certa dottrina⁽⁵¹⁹⁾, “private” sarebbero solamente – e neanche sempre – le riunioni di famiglia, l'accezione *de qua* presenta una forte carica di indeterminatezza e denota possibili profili di incostituzionalità⁽⁵²⁰⁾. Essa, infatti, risulta esageratamente estensiva della punibilità, sia per la pericolosamente ampia discrezionalità che lascia al giudice, sia per le presunzioni che introduce con riferimento allo scopo e all'oggetto della riunione. In una prospettiva *de lege ferenda*, sarebbe quindi preferibile pervenire ad una nozione di pubblicità che tenesse conto il più possibile del dato reale, prescindendo da astratte presunzioni e privilegiando in ogni caso l'elemento personale, che appare senza dubbio il più sicuro ai fini di garantire l'effettiva pubblicità del fatto.

4. Dove finisce la parola inizia l'azione: l'idoneità della condotta a cagionare il pericolo di commissione di reati.

Già si è visto come l'istigazione, in quanto forma attivizzante della manifestazione del pensiero, si ponga a metà strada tra il consentito e l'illecito, segnando il momento di trasformazione della parola in azione. L'istigazione, quindi, può dirsi tale – e come tale può essere penalmente perseguita – solo laddove integri una forma espressiva *causalmente idonea* a determinare il

⁵¹⁸ L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 254. Alla tesi della necessaria pluralità dei destinatari aderisce anche V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 625. In giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. VI, 30 luglio 1998, in *Ced Cass. rv. 211996*, per cui la presenza di più persone si identifica con una loro “pluralità indeterminata”, che quindi non può essere integrata da *solo* due di esse.

⁵¹⁹ C. FIORE, *Libertà d'espressione politica e reati d'opinione*, in *Politica del diritto* 1970, p. 490.

⁵²⁰ L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 257; G. DE VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., p. 296; L. VIOLANTE, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., p. 1018.

pericolo concreto di un'azione criminosa. Il problema, però, sta nell'individuare i casi in cui la parola possa dirsi effettivamente capace di trasmodare in azione: quando una condotta è idonea a porsi come antecedente di un reato? Come va accertata tale idoneità?

La dottrina e la giurisprudenza hanno tentato di rispondere a questi interrogativi, ma l'hanno fatto con risultati il più delle volte deludenti. In particolare, si è visto che la prova del pericolo (e quindi dell'idoneità della condotta), pur non essendo mai certa, deve comunque rientrare nell'ambito delle spiegazioni scientifiche. Sennonché, l'oggetto di analisi dell'istigazione non è un singolo fenomeno naturalistico, ma l'intera realtà socio-politica. Di conseguenza, l'accertamento del pericolo non potrà essere apprezzato sul terreno delle scienze esatte, ma sul piano delle discipline sociali, la cui individuazione risulta particolarmente complessa; esse, infatti, sono il prodotto, storicamente condizionato, della spontanea creatività umana, e dipendono da una serie infinita di variabili, quali l'etica, la morale, il costume⁽⁵²¹⁾. A questo problema se ne aggiunge un altro, ossia quello di individuare l'esatto momento in cui condurre il giudizio sulla pericolosità della condotta. Secondo alcuni Autori⁽⁵²²⁾, considerata la peculiare funzione politico-criminale delle fattispecie di pericolo, consistente nell'anticipare la tutela del bene giuridico, bisognerebbe preferire il momento che comporta la prognosi *più sfavorevole*, indicante la più alta possibilità di verificazione dell'evento lesivo, che in quanto tale potrebbe collocarsi anche a grande distanza temporale dal momento in cui l'evento lesivo si verificherà o non potrà più verificarsi.

Altra dottrina⁽⁵²³⁾, invece, è del parere che una simile scelta interpretativa si ponga in contrasto con il carattere di massima concretezza che dovrebbe possedere il giudizio di pericolosità. Il momento da considerare, quindi, non dovrebbe essere quello che autorizza la prognosi più sfavorevole, ma quello che autorizza la prognosi *più completa*, ossia il momento cronologicamente *più vicino* all'epilogo. Solo in questo modo, infatti, si riuscirebbe a restringere l'area dei fatti penalmente rilevanti, limitandola ai soli casi effettivamente pericolosi, in cui si sia giunti particolarmente vicini alla lesione.

⁵²¹ V., sul punto, l'analisi di L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 216 e ss.

⁵²² F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 205.

⁵²³ M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, p. 348.

Anche quest'ultima teoria si espone, tuttavia, ad alcune osservazioni critiche. Innanzitutto, non è corretto ritenere che il requisito di massima concretezza contrasti con il criterio teleologico che predilige il momento della prognosi più sfavorevole, giacché il primo si riferisce alla *base* del giudizio, mentre il secondo riguarda il *momento* del giudizio stesso: si tratta di due criteri tra loro complementari, che operano in due contesti strutturali diversi e tra i quali non può sorgere alcun conflitto. In secondo luogo, si è avuto modo di constatare che la prossimità della lesione, e quindi l'*attualità* del pericolo, pur essendo requisito esplicito di alcune fattispecie scriminanti, è invece completamente ignorato nelle fattispecie incriminatrici. Menzionando il pericolo *senza* specificazioni di ordine temporale, pertanto, la legge intende chiaramente «negare qualsiasi rilevanza alle dimensioni più o meno grandi della distanza tra situazione pericolosa ed eventuale risultato lesivo»⁽⁵²⁴⁾.

Ciò detto, però, si fa strada un altro quesito: fino a che punto può estendersi il distacco temporale tra situazione pericolosa ed eventuale risultato lesivo? La dottrina⁽⁵²⁵⁾, nel formulare un'accezione di istigazione che ben si prestasse ad un corretto bilanciamento con il diritto garantito dall'art. 21 Cost., ha da sempre evidenziato il dato della necessaria *contiguità temporale* tra condotta istigatoria e commissione del reato istigato che, in una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe consigliabile inserire nel testo normativo ricorrendo all'aggettivo "attuale" o "immediato" riferito al pericolo⁽⁵²⁶⁾.

Tuttavia, nonostante i tanti sforzi interpretativi, non è ancora chiaro in cosa debba consistere tale rapporto di stretta contiguità temporale tra situazione pericolosa ed eventuale risultato lesivo. Né si può dire con certezza in cosa si sostanzia quel pericolo attuale o immediato il cui accertamento risulta indispensabile ai fini della sussistenza del fenomeno istigativo⁽⁵²⁷⁾.

⁵²⁴ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 206, nota 265.

⁵²⁵ In questi termini si esprime soprattutto A. GAJOTTI, *Istigazione e determinazione nella teoria del reato*, Genova 1948, p. 74 e s.

⁵²⁶ Un simile suggerimento proviene da L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 223.

⁵²⁷ A queste stesse conclusioni – che di fatto si sostanziano in interrogativi privi di risposte – perviene anche L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 224.

4.1. L'influenza della dottrina americana del *clear and present danger*. Qualche riflessione in chiave comparatistica.

Posto che la dottrina italiana non ha fornito una risposta univoca ai suddetti interrogativi, e considerato che la giurisprudenza della Cassazione si è dimostrata altrettanto ondivaga sul punto, una buona alternativa sarebbe quella di affrontare la questione in un'ottica comparatistica.

La problematica oggetto di indagine è stata analizzata soprattutto dalla giurisprudenza nordamericana, la cui esperienza potrebbe offrire qualche spunto significativo ai fini della nostra indagine. In particolare, i giudici americani hanno elaborato un'interessante teoria, fondata sul *clear and present danger*, per cui la libertà d'espressione può subire limitazioni solo laddove essa si collochi in rapporto di *immediatezza* con l'atto o il fatto anticostituzionale di volta in volta considerato (*present danger*). La necessità di un rapporto quanto mai stretto tra manifestazione del pensiero e illecito costituisce il nucleo essenziale di questa concezione, che distingue tra *incitement* e *advocacy*: il primo concetto, corrispondente grosso modo a quello di istigazione, consisterebbe in una manifestazione del pensiero posta in essere al fine di provocare, *a breve termine*, un pericolo *effettivo* per il pacifico espletamento delle funzioni spettanti ai diversi organi costituzionali; la seconda accezione, invece, più vicina ai reati di apologia e propaganda, farebbe riferimento ad una manifestazione del pensiero volta a sfociare in un pericolo *futuro e imprecisato* (528). Solo le manifestazioni del primo tipo possono essere penalmente perseguite, in quanto suscettibili di tradursi in una *minaccia immediata* per la sicurezza delle istituzioni. Quanto alle seconde, invece, esse rientrano a pieno titolo nella garanzia predisposta dal Primo Emendamento. Tuttavia, si è anche visto che l'aggettivo *immediato* riferito al pericolo di realizzazione del reato istigato rischia di restringere davvero troppo l'area del penalmente rilevante. È dunque l'ultima versione della *clear and present doctrine*, elaborata dalla Suprema Corte in riferimento al celeberrimo caso *Brandenburg v. Ohio* (529), a fornire la chiave di volta, la miglior soluzione al problema dei rapporti tra libertà di manifestazione del pensiero e altri valori

⁵²⁸ L'affinità tra *incitement* ed istigazione da un lato, e tra *advocacy* e apologia-propaganda dall'altro è messa in rilievo da A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova 1977, p. 102.

⁵²⁹ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), consultabile sul sito www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0395_0444_ZO.html.

ritenuti essenziali per il nostro ordinamento. Nel pronunciarsi sull'incostituzionalità delle attività riconducibili alla setta segreta di ispirazione razzista denominata *Ku Klux Klan*, i giudici americani istituivano quello che viene anche definito “*incitement to imminent lawless action test*”, per cui l'*incitement*, vale a dire l'istigazione, può dirsi punibile «solo quando è diretta a produrre un'*imminente* azione criminale e sia al tempo stesso probabile che tale azione venga prodotta»⁽⁵³⁰⁾. Non vengono quindi individuate categorie di espressioni punibili *a priori*, ma si obbliga il giudice, di volta in volta, a provare che l'agente abbia intenzionalmente creato un pericolo imminente per l'interesse tutelato. Ed è proprio l'aggettivo *imminente* a rivelarsi quello più corretto tra i tanti esaminati sino ad ora: questo termine, infatti, è quello che individua con maggior precisione quel rapporto di contiguità temporale che deve essere accertato fra l'espressione della parola e l'eventuale risultato lesivo, vale a dire l'azione criminosa (*lawless action*); nel contempo, esso offre una più pregnante protezione della libertà d'espressione, evitando però quell'eccessiva restrizione dell'ambito di punibilità che avrebbe potuto sorgere dal richiamo al termine *immediato*.

La soluzione tracciata dalla giurisprudenza statunitense sembra addivenire ad un buon compromesso tra l'esigenza di garantire la massima libertà d'espressione e la necessità di proteggere altri beni meritevoli di tutela. Pertanto, siamo dell'avviso che proprio da essa si dovrebbe partire⁽⁵³¹⁾ sia in una prospettiva *de iure condito*, così da interpretare le suddette disposizioni alla luce del dettato costituzionale, sia in una prospettiva *de iure condendo*, richiedendo espressamente che l'istigazione venga punita solo laddove appaia idonea a provocare il *pericolo imminente* di commissione dei reati istigati.

5. Istigazione: un reato d'opinione?

Chiarito cosa sia l'istigazione penalmente rilevante, sorge un ulteriore quesito: così intesa, l'istigazione integra ancora un reato d'opinione?

⁵³⁰ Precisamente, la Suprema Corte ha affermato che «*these later decisions have fashioned the principle that the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action*».

⁵³¹ Questa osservazione è condivisa anche da L. ALESIANI, *I reati di opinione*, cit., p. 242.

Nel chiederci quali fossero le caratteristiche fondamentali dei reati appartenenti alla categoria in esame (v. *supra* cap. I, par. 1), eravamo giunti alla conclusione che i reati di opinione non siano altro che manifestazioni recettive di un pensiero critico, consistenti in condotte meramente comunicative; l'oggetto della loro incriminazione, quindi, si identifica con il solo fatto in sé della comunicazione di un'opinione, a prescindere sia dalla modalità espressiva utilizzata, sia dall'obiettiva capacità della condotta di provocare nella realtà esterna qualcosa di diverso dalla mera ricezione del messaggio. Di conseguenza, si dovrebbero escludere dalla categoria in esame tutti quei reati che, pur consistendo in condotte espressive di un pensiero, rilevano penalmente solo in quanto produttive di effetti ulteriori rispetto alla mera ricezione del messaggio valutativo espresso. L'istigazione sembrerebbe proprio rientrare tra questi, potendo dirsi penalmente rilevante solo in virtù della sua idoneità a produrre quel *pericolo imminente* di commissione del fatto criminoso istigato, che va ben oltre l'innocua ricezione del messaggio istigatorio. Pertanto, se le premesse a questa indagine sono corrette, se ne deve necessariamente dedurre che l'istigazione *non* è un reato d'opinione.

A sostegno di questa conclusione vi è anche la considerazione che ogni condotta si compone di un aspetto spirituale (o interno) e di un aspetto materiale (o esterno), così come ogni manifestazione del pensiero può essere presa in considerazione tanto per il suo *contenuto* espresso, quanto per la sua *forma*, da intendersi come azione produttrice di effetti nella realtà circostante. Tuttavia, mentre una norma che vieta la produzione di effetti materiali non pregiudica la libertà di espressione, un norma volta ad impedire l'espressione di un contenuto di pensiero si pone in evidente contrasto con l'art. 21 Cost. ⁽⁵³²⁾, poiché il principio costituzionale in esso contenuto impedisce al legislatore di vietare una condotta per il solo fatto che questa comunichi un certo messaggio o un'idea. In questi termini, si può dire che una norma contrasta con l'art. 21 Cost. quando, nel vietare

⁵³² A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., p. 705. In termini analoghi si esprimono L. ALEXANDER, *Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense*, in *Constitutional Commentary* 1996, p. 73 e G.R. STONE, *Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, in *The University of Chicago Law Review* 1978, p. 81, che nelle loro opere ripercorrono la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America sul Primo Emendamento.

una condotta, la considera penalmente rilevante solo in quanto espressiva di un pensiero, e non anche perché produttiva di effetti materiali, percepibili nel mondo fisico attraverso i cinque sensi. Ed è proprio a partire da queste osservazioni che si spiega la differenza concettuale tra istigazione da una lato e apologia o propaganda dall'altro, «che non sta tanto nel contenuto semantico della condotta (che nei due casi può essere perfettamente identico), né nella struttura di questa, quanto nel punto di vista dal quale una stessa condotta è assunta come rilevante»⁽⁵³³⁾. In particolare, mentre l'apologia (o la propaganda) è assunta esclusivamente dal punto di vista dell'espressione di un *contenuto* di pensiero, l'istigazione è considerata in quanto capace di produrre l'*effetto* sociale, percepibile nella realtà esterna, di incitare altre persone alla commissione di reati, mettendo così a repentaglio beni costituzionalmente rilevanti.

La risposta al nostro quesito iniziale, quindi, non può che essere una e una soltanto: le norme che incriminano l'apologia e la propaganda vietano delle condotte comunicative esclusivamente in considerazione del loro *contenuto*; per questo, esse integrano dei reati di pura opinione e contrastano con l'art. 21 Cost. Al contrario, la norma che punisce l'istigazione incrimina una condotta in ragione degli *effetti* che essa produce nel mondo esterno; di conseguenza, essa è pienamente compatibile con il dettato costituzionale e deve necessariamente essere esclusa dal novero dei reati di opinione.

6. Una fattispecie da conservare (seppur a certe condizioni).

La comprovata esclusione dalla controversa categoria dei reati di opinione e l'assodata compatibilità con l'art. 21 Cost., di cui costituisce un limite ragionevole nella misura in cui abbia ad oggetto fatti offensivi di specifici beni meritevoli di tutela, fanno dell'istigazione una fattispecie da conservare, seppur a certe condizioni. A differenza degli altri delitti di provocazione (apologia e propaganda), infatti, – le cui tante letture fornite dalla giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) non sono valse a riportarli in linea con i principi costituzionali –, l'istigazione, se correttamente interpretata

⁵³³ A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., p. 706.

quale “forma *attivizzante* del pensiero”, trova piena cittadinanza nel nostro ordinamento. E questo perché essa non si esaurisce in una semplice manifestazione di un’opinione, ma presuppone quel *principio* o *cominciamento d’azione* che, pur non sostanziandosi in un’azione completa, la rende comunque rispettosa dei principi di materialità e di necessaria lesività del fatto. Vero è che un’istigazione, così come ogni altro reato di pericolo, non potrà mai rispondere in maniera esaustiva a quelle tanto declamate istanze di offensività, trattandosi pur sempre di un reato che comporta un’anticipazione della soglia di tutela. Allo stesso modo, però, non bisogna sottovalutare la *ratio* sottesa a fattispecie così strutturate, il cui arretramento di punibilità è tanto maggiore quanto lo è l’importanza del bene giuridico da tutelare; né si può dimenticare che, laddove lo Stato non intervenisse in via anticipata, in certi casi sarebbe ontologicamente impossibile reprimere il reato consumato. Nel complesso, quindi, l’istigazione rappresenta una soluzione di compromesso più che accettabile: il sacrificio della libertà d’espressione si giustifica alla luce della necessità di garantire il rispetto di altri beni costituzionalmente rilevanti, quali l’ordine pubblico o la dignità umana; per altro verso, l’esigenza di prevenire la commissione di fatti particolarmente gravi e altrimenti incontenibili comporta un’anticipazione della punibilità, per cui non si esige la commissione di un’azione completa, bastando un suo “cominciamento” per far scattare la sanzione.

Tuttavia, per dovere di completezza, è opportuno riportare anche il pensiero di un’autorevole dottrina, a detta della quale l’unica forma istigativa da conservare sarebbe quella descritta dall’art. 414 c.p.; tutti gli altri reati specifici di istigazione, invece, non potrebbero sopravvivere nell’attuale ordinamento democratico, esaurendosi nell’«espressione della super-tutela accordata da un regime autoritario a se stesso a scapito di altri valori, quali quello della libertà di manifestazione del pensiero»⁽⁵³⁴⁾. Ad avviso di chi scrive, però, si fatica a cogliere una sostanziale differenza tra l’istigazione a delinquere e le altre forme istigative speciali, tale per cui solo la prima meriterebbe di continuare ad esistere nel nostro ordinamento. Una diversità di rilievo – peraltro già riscontrata (v. *supra*, par. 2) – può essere individuata al più tra l’ipotesi generale di cui all’art. 115 c.p. e le singole ipotesi di parte speciale, ma non tra queste ultime che, di fatto, sono accomunate dalla medesima struttura

⁵³⁴ F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., p. 215.

normativa e presentano pressoché gli stessi elementi costitutivi. Quanto alla scelta del legislatore di prevedere, in aggiunta all'istigazione a delinquere, altre forme istigative più specifiche (es. istigazione all'odio di classe; istigazione a disobbedire alle leggi; istigazione all'odio razziale), essa è solo il sintomo di una particolare attenzione verso alcuni fenomeni sociali (es. il razzismo). Il che non implica, però, alcuna ulteriore limitazione al fondamentale diritto di manifestazione del pensiero. L'istigazione, quindi, indipendentemente dal comportamento illecito cui sia diretta, resta sempre e comunque l'*inizio* di un'azione criminosa. E ciò basta a farne un fatto penalmente rilevante.

*“...Meditate che questo è stato:
Vi comando queste parole.
Scolpitele nel vostro cuore
Stando in casa andando per via,
Coricandovi alzandovi;
Ripetetele ai vostri figli.
O vi si sfaccia la casa,
La malattia vi impedisca,
I vostri nati torcano il viso da voi”.*
(Primo Levi, *Se questo è un uomo*, 1947)

«In qualunque modo questa guerra finisca, la guerra contro di voi l'abbiamo vinta noi; nessuno di voi rimarrà per portare testimonianza, ma se anche qualcuno scampasse, il mondo non gli crederà. Forse ci saranno sospetti, discussioni, ricerche di storici, ma non ci saranno certezze, perché noi distruggeremo le prove insieme con voi. E quando anche qualche prova dovesse rimanere, e qualcuno di voi sopravvivere, la gente dirà che i fatti che voi raccontate sono troppo mostruosi per essere creduti: dirà che sono esagerazioni della propaganda alleata, e crederà a noi, che negheremo tutto, e non a voi. La storia dei Lager, saremo noi a dettarla».

(Primo Levi, *I sommersi e i salvati*, Torino 1986, p. 3)

CAPITOLO QUINTO

PAROLE CHE NEGANO, MINIMIZZANO O GIUSTIFICANO I CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ *IL NEGAZIONISMO*

SOMMARIO: 1. Il fenomeno negazionista. – 2. La legislazione penale antinegazionista in Europa. Spunti di comparazione. – 2.1. L'esempio tedesco e la c.d. "menzogna di Auschwitz". – 2.2. Le misure antinegazioniste adottate da Francia e Belgio. – 2.3. La particolarità del caso spagnolo. – 3. Il negazionismo in Italia. – 3.1. La proposta Mastella. – 3.2. L'opposizione degli storici e il Manifesto di critica. – 3.3. La decisione quadro 2008/913/GAI e i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario. – 4. Il "cerchio infernale". È davvero opportuno ricorrere allo strumento penale? – 5. La "via lunga" e le alternative alla repressione penale.

1. Il fenomeno negazionista.

Per definire il concetto di negazionismo è previamente necessario illustrare il fenomeno revisionista, di cui il primo costituisce una degenerazione. Secondo l'accezione più ampia, con il termine revisionismo si intende «la tendenza storiografica a *rivedere* le opinioni storiche consolidate alla luce dei nuovi dati e delle nuove conoscenze acquisite nel corso della ricerca, col risultato di operare una reinterpretazione e una riscrittura della storia»⁽⁵³⁵⁾. In questi termini, ogni storico non può che essere anche un revisionista, giacché la sua attività richiede necessariamente di ritornare sulle ricostruzioni storiografiche già proposte, in modo da poterle "revisionare" alla luce di nuove scoperte⁽⁵³⁶⁾.

⁵³⁵ E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 1999, p. 1035; ID., *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica* 2008, p. 30.

⁵³⁶ A dire il vero, secondo C. COSTANTINI, *Revisionismo*, in *Lezioni sul revisionismo storico*, Milano 1999, p. 54, il revisionismo sarebbe «il vizio tipico dello storico in carriera», poiché «fare il bastian contrario, e cioè parlar male di Garibaldi o parlar bene

Sennonché, soprattutto a partire dal secolo scorso, la suddetta accezione ha finito per ricomprendere manifestazioni sempre più estreme ed eccessive, quali appunto il negazionismo che, a differenza del revisionismo, nega in radice la stessa esistenza dell'Olocausto e di altri gravi crimini contro l'umanità, prescindendo da qualsiasi regola storiografica prestabilita e aggirando il problema del rapporto di questi fatti con la realtà storica. Tant'è che, mentre il filone revisionista si limita a relativizzare la Shoah, ridistribuendone le colpe e criticandone le interpretazioni date, le dottrine negazioniste affermano che «il genocidio praticato dalla Germania nazista nei confronti degli ebrei, degli zingari e di altre categorie “subumane” non è mai esistito e appartiene al mito, alla menzogna, alla truffa» (537). In particolare, la tematica centrale della produzione negazionista – che ha mosso i suoi primi passi in America e in Europa occidentale (538) a partire dalla fine del secondo conflitto mondiale – riguarda la negazione delle camere a gas dei campi di concentramento nazisti, la cui esistenza viene demistificata a tal punto da renderla un falso mito. La conseguenza è che non ci sono più fatti certi, ma tutto è costruito e falsificato. I principali autori negazionisti, la cui provenienza è spesso di estrema destra o di estrema sinistra, condividono la medesima piattaforma ideologica, che è l'antisemitismo, ed espongono le loro teorie servendosi di strategie che si sostanziano nella minimizzazione, giustificazione e negazione dei grandi crimini dell'umanità.

Le principali posizioni negazioniste si possono sintetizzare in alcuni assiomi (539), formulati nel 1973 dall'*Institute for Historical Review* e successivamente ripresi da Roger Garaudy ne "*Les mythes fondateurs de la*

di Nerone (due classici esempi di revisionismo storico), è il modo più semplice e più sicuro di far parlare di sé».

⁵³⁷ P. VIDAL-NAQUET, *Les assassins de la mémoire*, Parigi 1991, p. 108.

⁵³⁸ È opportuno precisare che le origini geografiche del negazionismo sono principalmente in Germania e in America, dove è stato fondato l'*Institute for Historical Review*, famoso polo di attrazione per tutti i negazionisti, nonché centro di elaborazione ed organizzazione delle loro strategie. Successivamente, le teorie negazioniste hanno avuto rilevanti sviluppi anche in Francia, Austria, Svizzera ed Italia.

⁵³⁹ Per una più esaustiva trattazione delle singole teorie negazioniste si rimanda a V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Milano 1998; P. VIDAL-NAQUET, *Les assassins de la mémoire*, cit.; P. MILZA, *Europa estrema*, Roma 2003.

politique israélienne"⁽⁵⁴⁰⁾: innanzitutto, la "soluzione finale" consisteva nell'emigrazione e non nello sterminio; non ci furono gassazioni, poiché le c.d. camere a gas (che sarebbero state costruite dai polacchi dopo la fine della guerra) erano, in realtà, luoghi predisposti per la disinfestazione dai pidocchi; la maggior parte degli ebrei scomparsi emigrarono in USA e in URSS; i pochi ebrei giustiziati dai nazisti erano criminali sovversivi; la comunità ebraica mondiale perseguita chiunque voglia svolgere un lavoro di ricerca onesta sulla seconda guerra mondiale, per timore che emerga la verità dei fatti; l'onere della prova incombe sui c.d. "sterminazionisti", come sono definiti gli esponenti della storiografia ufficiale; le contraddizioni presenti nei calcoli demografici della storiografia ufficiale dimostrano con certezza il carattere menzognero delle loro tesi. A queste prese di posizione se ne aggiungono tante altre, tra cui quelle che affermano l'inesattezza della cifra delle vittime del genocidio⁽⁵⁴¹⁾; l'inattendibilità degli esiti del processo di Norimberga⁽⁵⁴²⁾; l'inesistenza di prove sull'adozione di forni crematori⁽⁵⁴³⁾; la rilettura del genocidio in termini di invenzione propagandistica messa a punto dagli ebrei e, in particolare, dalla corrente sionista.

A tutt'oggi, però, non è propriamente corretto, né esaustivo parlare esclusivamente della negazione dell'Olocausto, giacché questa – pur essendo la più diffusa – è una soltanto delle molteplici teorie negazioniste prospettate. A tal proposito, va menzionata anche la negazione dei crimini staliniani, e in particolare dei Gulag⁽⁵⁴⁴⁾, la negazione del genocidio

⁵⁴⁰ Per la versione italiana dell'opera (su cui si tornerà *infra* par. 2.2), v. R. GARAUDY, *I miti fondatori della politica israeliana*, Genova 1996.

⁵⁴¹ Si ammette, comunque, un elevato numero di morti nei campi di concentramento, dovuto, però, allo sfruttamento sistematico del lavoro nelle installazioni industriali in condizioni di vitto e igiene insufficienti, correlato al dilagare di epidemie di tifo. In ogni caso, il numero reale dei morti sarebbe esiguo rispetto alla cifra tramandata.

⁵⁴² Gli esiti del processo di Norimberga sarebbero inattendibili per due ragioni: innanzitutto – e questa è l'obiezione classica – si trattava di un tribunale composto da soli vincitori; inoltre, si ritiene che i giudici non abbiano trovato (né, a dire il vero, cercato) alcun riscontro documentale che confermasse l'attendibilità delle testimonianze rese in aula.

⁵⁴³ La prassi della cremazione dei cadaveri era resa necessaria dal dilagare delle epidemie di tifo.

⁵⁴⁴ La sconvolgente descrizione della vita nei campi di concentramento sovietici, ricostruita attraverso le testimonianze di *ex* detenuti, si ritrova nell'opera di A. SOLŽENICYN, *Arcipelago Gulag*, Milano 2001. Per un'interessante analisi storica dei

armeno realizzato dai giovani turchi nei primi anni del Novecento ⁽⁵⁴⁵⁾, la negazione dello sterminio ruandese (v. *supra* cap. II, par. 2.1) e, infine, la negazione dei massacri delle foibe ⁽⁵⁴⁶⁾, una delle pagine più tristi della storia italiana. In quest'ultimo caso, peraltro, più che ad una vera e propria negazione, si è assistito all'omessa trattazione, soprattutto nei manuali di storia destinati alle scuole, di quei tragici eventi. Il che non basta a farne un fatto meno riprovevole della negazione stessa; entrambe le condotte, infatti, gettano nell'oblio sciagure che, invece, non dovrebbero mai essere dimenticate.

2. La legislazione penale antinegazionista in Europa. Spunti di comparazione.

A differenza dell'Italia che, come si vedrà *infra*, non ha mai posseduto una legislazione penale antinegazionista ⁽⁵⁴⁷⁾, molti Paesi europei hanno ritenuto di dover reprimere penalmente tutte quelle asserzioni che si sostanziano nella negazione della verità di alcuni accadimenti storici, percepiti dai più come fatti di massima ingiustizia. Si tratta di leggi piuttosto simili tra loro, ma non identiche, accomunate esclusivamente dal requisito della pubblicità della condotta. Infatti, mentre alcuni Paesi (come la Francia, la Germania e il Belgio) incriminano la sola negazione della

crimini staliniani si rinvia anche a M. FLORES – F. GORI, *Gulag, il sistema dei lager in URSS*, Milano 1999.

⁵⁴⁵ V., sul punto, il romanzo storico di A. ARSLAN, *La masseria delle allodole*, Milano 2004. Per un'attenta ricostruzione del genocidio armeno v. T. AKCAM, *Nazionalismo turco e genocidio armeno*, Milano 2006.

⁵⁴⁶ La tragedia delle foibe, taciuta per decenni, è stata resa nota solo di recente. Tra le principali opere che hanno ricostruito gli eccidi perpetrati dal regime comunista di Tito ai danni della popolazione italiana, v. M. ADAMO, *Foibe, quello che non si dice*, Milano 2009; O. GIANNI, *Foibe. Le stragi negate degli italiani della Venezia Giulia e dell'Istria*, Milano 2003; M.A. MAROCCHI, *Foibe (s)conosciute*, Roma 2010.

⁵⁴⁷ J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubblico comparato ed europeo* 2008, II, p. 4, ha definito l'antinegazionismo come «l'insieme delle idee e delle pratiche che negano ogni giustificazione morale del negazionismo e combattono quanto meno la negazione di un genocidio». In particolare, l'antinegazionismo giuridico – prosegue l'Autore – «pretende di armare la repressione penale ed un'azione politica ed amministrativa efficace di prevenzione».

Shoah, altri (è il caso di Israele ⁽⁵⁴⁸⁾, Spagna, Portogallo e Svizzera) estendono la portata del reato in esame alla negazione di *tutti* i genocidi; se alcune legislazioni (è il caso di quella francese) puniscono la sola condotta consistente nel negare i suddetti fatti, altre (in particolare quella belga e israeliana) sanzionano anche la minimizzazione grossolana e la giustificazione di tali accadimenti; ancora, mentre alcune leggi (ad es. quella tedesca) subordinano la punibilità della condotta all' idoneità della stessa a turbare la pace pubblica, altre (quella francese e quella belga) rinunciano a questa condizione. Il panorama normativo che ci apprestiamo ad analizzare, quindi, è molto variegato ⁽⁵⁴⁹⁾ e risente, indubbiamente, della storia personale, politica e non, di ogni paese. In particolare, ci soffermeremo sulla normativa adottata dalla Germania che, scegliendo di incriminare il negazionismo, ha espresso una dura condanna nei confronti del proprio passato; nonché su quelle vigenti in Francia, primo Paese europeo a dotarsi di una simile legislazione, e in Spagna, dove il reato di negazionismo ha vissuto vicende alterne, culminate con la pronuncia di incostituzionalità da parte del *Tribunal Constitucional*.

2.1. L'esempio tedesco e la c.d. "menzogna di Auschwitz".

Originariamente, il codice penale tedesco si limitava a punire i c.d. *Hassreden*, i discorsi che incitano all'odio e che istigano alla violenza (par. 130 StGB). Successivamente, nei primi anni Novanta, il verificarsi di una serie di manifestazioni a carattere xenofobo e razzista dimostrò come la normativa allora vigente non fosse affatto adeguata a reprimere anche il discorso negazionista. Il par. 130 StGB, infatti, tutelava la pace pubblica attraverso la previsione di alcune specifiche aggressioni alla dignità umana (*Menschenwürde*), che non sempre ricorrevano nell'ipotesi di negazionismo

⁵⁴⁸ Per ovvie ragioni, Israele è stato il primo Stato al mondo ad emanare norme antinegazioniste (legge 8 luglio 1986).

⁵⁴⁹ L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà d'espressione*, cit., p. 85, osserva come «queste discrepanze possono apparire tanto più rilevanti se si pensa come molti di questi Paesi appartengano alla "casa comune europea", e come si possa ancor oggi assistere ad una disomogenea determinazione della fattispecie e delle relative sanzioni, tali da indurre molto spesso a "strategici spostamenti" degli individui che intendono propagandare quelle idee».

o minimizzazione dell'Olocausto; di conseguenza, tale disposizione risultava spesso inapplicabile al c.d. revisionismo semplice (*einfache Auschwitzlüge*)⁽⁵⁵⁰⁾. Esemplificativo in tal senso fu il caso Deckert, dal nome dell'allora presidente del partito nazionaldemocratico tedesco, promotore di un'accesa attività di propaganda negazionista: premettendo che la semplice negazione della *Shoah* non era sufficiente ad integrare la disposizione di cui al par. 130 del codice penale tedesco, il *Bundesgerichtshof* pronunciò la c.d. "sentenza dell'infamia" (*Schandurteil*)⁽⁵⁵¹⁾, che suscitò forte indignazione nell'opinione pubblica e spinse il legislatore tedesco⁽⁵⁵²⁾ a riformare l'apparato normativo in materia. Al sopra menzionato par. 130 furono aggiunti due ulteriori commi che, sotto la rubrica "*Auschwitzlüge*" – letteralmente, "la menzogna di Auschwitz" – puniscono chiunque, pubblicamente o in una riunione, approvi, neghi o minimizzi il genocidio commesso durante il regime nazista, sempreché tali comportamenti siano idonei a turbare la pace pubblica. La disposizione in esame, a dire il vero, tradisce tutta l'indecisione del legislatore che, da un lato, estende la portata della norma anche al negazionismo in senso lato, e quindi alle condotte di minimizzazione e approvazione, ma dall'altro ne riduce inaspettatamente l'applicabilità al solo negazionismo riguardante i crimini commessi dal regime nazionalsocialista. La conseguenza è che non si reprime il negazionismo in quanto generale negazione dei crimini contro l'umanità, ma lo si identifica unicamente con la negazione dell'Olocausto, legittimando e cristallizzando nella norma penale una rappresentazione ridotta di tale fenomeno, corrispondente a quella esistente nell'opinione pubblica tedesca⁽⁵⁵³⁾.

Ciò detto, però, è opportuno precisare che, qualche mese prima dell'introduzione della suddetta fattispecie, il *Bundverfassungsgericht* aveva

⁵⁵⁰ La giurisprudenza tedesca distingue il revisionismo semplice da quello qualificato. Quest'ultimo sussisterebbe in tutti quei casi in cui l'Olocausto viene presentato come un'invenzione, frutto di un complotto messo a punto dagli stessi ebrei (v. BVerfG, 16 novembre 1993, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, p. 140).

⁵⁵¹ BGH, 15 marzo 1994, 1 StR 179/93.

⁵⁵² La legge di riforma in questione risale al 28 ottobre 1994.

⁵⁵³ Così si esprime anche E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., p. 1034.

pronunciato una sentenza “storica”⁽⁵⁵⁴⁾, che legittimava la repressione del negazionismo anche sulla base della legislazione allora vigente. L’episodio in questione riguardava una pubblica assemblea indetta dal Partito Nazionale Democratico Tedesco di Monaco, nel corso della quale era previsto anche l’intervento di David Irving, noto contestatore delle risultanze storiche generalmente accettate sullo sterminio degli ebrei. Avuta notizia di questa riunione, la città di Monaco adottava un provvedimento con cui proibiva ad ogni partecipante all’assemblea di negare i predetti accadimenti storici, giacché simili affermazioni avrebbero integrato i reati di ingiuria, di istigazione all’odio popolare o di offesa alla memoria dei defunti. Contro questa ordinanza, gli organizzatori della riunione ricorrevano dinnanzi alla Corte costituzionale tedesca, ritenendo che un simile divieto avrebbe compromesso inaccettabilmente la libertà di espressione.

Investito della questione, il *Bundverfassungsgericht* ha preliminarmente rimarcato la distinzione tra manifestazione del pensiero, che si sostanzia in una relazione *soggettiva* tra l’individuo e il contenuto della sua affermazione, e asserzione di un fatto (*Tatsachenbehauptung*), caratterizzata, invece, da una relazione *oggettiva* tra l’affermazione e la realtà. Mentre la prima è *sempre* meritevole di tutela, la seconda lo è *solo se* costituisce il presupposto per la formazione di un’opinione, con la conseguenza che tutte le asserzioni di fatti che non sono in grado di contribuire alla formazione di un’opinione, in quanto imprecise o dimostratamente false, restano escluse dalla garanzia costituzionale. Ciò premesso, la Corte di Karlsruhe ha dichiarato che le affermazioni negazioniste, la cui falsità è ampiamente dimostrata, sono asserzioni di fatti non tutelabili, che vanno incriminate perché attentano ai diritti della personalità. Punire il negazionismo è quindi costituzionalmente legittimo; la norma fondamentale sulla libertà d’espressione, infatti, non è dotata di portata illimitata, ma contiene nel suo stesso capoverso la previsione di limiti al suo esercizio. Questi limiti – prosegue la Corte – vanno individuati nella tutela di altri beni costituzionalmente protetti, tra i quali spiccano

⁵⁵⁴ BVerfG, 13 aprile 1994, il cui testo, tradotto in italiano, si ritrova in *Giur. cost.* 1994, con nota di M.C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell’asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*. La sentenza in questione è altresì denominata *Leugnung der Judenverfolgung* (Negazione dell’Olocausto).

l'onore e l'identità personale della comunità ebraica: per i cittadini ebrei, negare l'accadimento storico della *Shoah* costituisce una prosecuzione della terribile persecuzione cui furono sottoposti durante il nazismo, e quindi una negazione della loro stessa personalità, che è un tutt'uno con la memoria di quegli accadimenti. Da ultimo, il Tribunale costituzionale tedesco ha precisato che, in assenza di una norma specifica sul negazionismo, le affermazioni incriminate dovranno essere ricondotte alla più generale norma sull'ingiuria, egualmente idonea a tutelare l'identità collettiva del popolo ebraico.

A nostro modesto avviso, la distinzione operata dalla Corte tedesca tra opinioni e asserzioni di fatti è troppo poco empirica e ancor meno pragmatica⁽⁵⁵⁵⁾; essa, infatti, non fornisce un criterio di differenziazione vero e proprio e, a causa della sua estrema vaghezza, comporta il rischio di restringere eccessivamente la libertà d'opinione, tanto più che la *verità* oggettiva del fatto che si afferma diviene qui il parametro per decidere se ci si trovi o meno in presenza di un'opinione costituzionalmente tutelata. Ma – come si interroga un'attenta dottrina – «non è forse troppo pericoloso accettare come criterio centrale nella decisione quello della verifica della verità oggettiva?»⁽⁵⁵⁶⁾. Come si può avere la certezza che la verità sia una piuttosto di un'altra? E, soprattutto, quali sono i confini tra verità storica e verità legale? L'impressione è che la Corte di Karlsruhe, ansiosa di archiviare velocemente la vicenda, non si sia neppure posta questi interrogativi⁽⁵⁵⁷⁾ e abbia sottovalutato tutte le difficoltà insite in un giudizio

⁵⁵⁵ Secondo M. CERASE, *La Corte di Karlsruhe alle prese con il revisionismo storico*, in *Cass. pen.* 1994, p. 2847, è certamente preferibile l'atteggiamento della giurisprudenza italiana «che induce ad un approccio più empirico che non sembra consentire un sindacato giudiziale sui percorsi teorici delle persone, singole o associate». La nostra Corte costituzionale, infatti, «più pragmaticamente (...) ritiene che tutto si possa opinare, finché non si cagioni il pericolo di condotte penalmente illecite».

⁵⁵⁶ E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., p. 1034. Nello stesso senso si esprime M.C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto*, cit., p. 3391, quando afferma che, ricorrendo al parametro della verità oggettiva di un fatto, «si restringe pericolosamente l'ambito di operatività della tutela costituzionale della libertà di opinione», senza contare che «potrebbe poi mettersi in discussione la stessa verificabilità oggettiva di un fatto».

⁵⁵⁷ Osservazioni analoghe sono svolte da M.C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto*, cit., p. 3391, laddove sostiene che «la Corte avrebbe potuto quanto meno porsi[i]» «il problema – non giuridico ma filosofico – della stessa esistenza, oltre che della verificabilità della verità».

che avrebbe dovuto competere più ad uno storico che non a un giurista. Nel contempo, la rigidità della decisione in esame denota «l'incapacità [della Germania] di risolvere politicamente il problema dell'eredità del nazismo e la necessità di rimuovere drasticamente ideali politici e di vita accolti per anni, per assumere da un giorno all'altro quelli delle potenze vincitrici»⁽⁵⁵⁸⁾, quasi fosse uno scotto da pagare per chiudere definitivamente con «un passato che non vuol passare»⁽⁵⁵⁹⁾. Del resto, la necessità di reagire a manifestazioni di pensiero eversive è tanto maggiore quanto più è instabile l'equilibrio di una comunità statale. Così è stato per la Germania, una «democrazia ferita»⁽⁵⁶⁰⁾ che, dimostrando un forte senso di colpa per i crimini commessi, ha assunto una posizione di assoluto distacco dall'impostazione liberale, bandendo tutte le opinioni minoritarie che fossero storicamente discutibili o comunque non verificabili.

2.2. Le misure antinegazioniste adottate da Francia e Belgio.

Il legislatore francese si è sempre dimostrato molto sensibile rispetto ai fenomeni razzisti e xenofobi, ma solo nel 1990, con la *Loi Gayssot*, ha avvertito la necessità di introdurre una fattispecie *ad hoc* per punire le affermazioni negazioniste. La disposizione in esame, rubricata *Contestation*

⁵⁵⁸ M.C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto*, cit., p. 3391. Nello stesso senso si esprime L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., p. 76, che a sua volta riprende le considerazioni svolte da E. COLLOTTI, *Storia delle due Germanie*, Torino 1968, p. 330; quest'ultimo, ripercorrendo la più recente storia tedesca, rileva una sorta di «divorzio fra cultura e politica», che avrebbe portato ad una «incapacità di fondo di rielaborare in chiave risolutiva gli ideali politici e di vita che si erano dimostrati fattori costitutivi del nazismo in Germania».

La drasticità della giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di negazionismo è criticata anche da W. BRUGGER, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law*, in *German Law Journal* 2002.

⁵⁵⁹ L'espressione è mutuata da E. NOLTE, *Il passato che non vuole passare*, in G.E. RUSCONI (a cura di), *Germania: un passato che non passa*, Torino 1987, a sua volta ripreso da A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubblico comparato ed europeo* 2006, p. XIV.

⁵⁶⁰ Così si esprime M. MALENA, *Il caso Irving*, cit., p. 120, la quale attribuisce all'arresto di Irving (avvenuto in Austria nel 2005, cinque anni dopo la condanna da parte del tribunale tedesco) «un forte valore simbolico di punizione esemplare», che in questo caso fa apparire l'Austria come «una democrazia ferita che cerca colpevoli e rimuove responsabilità».

de crimes contre l'humanité (art. 24-bis), sanziona chiunque, pubblicamente, contesti i crimini contro l'umanità, come definiti nel 1945 dallo Statuto del Tribunale militare di Norimberga, i cui autori siano stati condannati da una giurisdizione francese o internazionale. L'ambito di applicazione della norma, quindi, non si estende alla contestazione di qualsivoglia genocidio, ma è circoscritto alla sola negazione dei crimini contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale. Tant'è che il *Tribunal correctionnel* di Parigi ha dichiarato irricevibili le accuse mosse nei confronti dello storico Bernard Lewis, acceso contestatore dell'esistenza del genocidio armeno, in virtù del fatto che il delitto di negazionismo ha come oggetto solo i crimini contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale da organizzazioni o persone che agivano per conto dei Paesi facenti parte dell'Asse.

Circoscrivendo la punibilità del fatto alla negazione dei soli crimini nazisti giudicati da Norimberga, il legislatore ha cercato di limitare i rischi di un'eccessiva compressione della libertà d'espressione, evitando altresì il pericolo di affidare ai tribunali il compito di ricercare una verità storica. Nel contempo, però, è incappato in altri inconvenienti. Innanzitutto, il riferimento esclusivo ai crimini giudicati dal Tribunale militare di Norimberga ha eretto quei processi e quelle pronunce a verità ufficiale, come tale insindacabile e incontrovertibile; inoltre, ne ha messo allo scoperto le tante aporie sia rispetto alla definizione attuale di crimini contro l'umanità, sia rispetto alle nuove e più subdole forme di negazionismo. Basti pensare alle affermazioni di chi, senza negare l'Olocausto, ritiene che ad Auschwitz vi furono meno vittime di quelle effettivamente stimate⁽⁵⁶¹⁾; esternazioni di questo genere non potrebbero integrare il reato di negazionismo, poiché al momento del giudizio di Norimberga non erano ancora state rese note le cifre della *Shoah*. La normativa francese, quindi, finisce per restringere eccessivamente il campo di applicazione della disposizione in esame, riducendone ai minimi termini

⁵⁶¹ Il riferimento è soprattutto allo storico revisionista A. GUIONNET che nella rivista da lui fondata *Revision* minimizzava il genocidio, affermando che ad Auschwitz c'erano stati solo 125.000 morti. Dello stesso tenore è il *pamphlet* di R. HARWOOD, *Did Six Million Really Die?*, Brighton 1974, autentico manifesto della corrente negazionista inglese, che riprende i concetti già esposti da D.L. HOGGAN, *The Myth of the Six Million*, Los Angeles 1969.

l'operatività. Da questo punto di vista, è apparsa certamente più ponderata la scelta del legislatore belga ⁽⁵⁶²⁾ che, pur circoscrivendo la portata della norma alla sola negazione dei crimini nazisti, ha ommesso accuratamente ogni riferimento alle decisioni assunte dal Tribunale di Norimberga, evitando così di riprodurre alcune delle debolezze già manifestate dalla *Loi Gayssot*.

Alle critiche di chi vorrebbe estendere la portata della fattispecie *de qua* anche alla negazione di genocidi diversi da quelli nazisti, si sono contrapposte le reazioni di coloro che auspicano la totale abrogazione della normativa antinegazionista. Gli avversari della *Loi Gayssot* non fondano le loro critiche sull'idea che le tesi negazioniste sarebbero giuste, quanto piuttosto sulla necessità di proteggere la libertà d'espressione. E a sostegno di questa considerazione prettamente giuridica, invocano l'abusato argomento consequenzialista ⁽⁵⁶³⁾, in base al quale la proibizione del discorso negazionista produrrebbe effetti diametralmente opposti rispetto a quelli voluti dal legislatore. In altre parole – affermano – se il legislatore vieta l'espressione di una certa opinione, si rischia di lasciar credere che quella stessa opinione contenga una verità ingombrante; di conseguenza, l'esistenza della *Loi Gayssot* finirebbe per rafforzare la credibilità delle tesi negazioniste. Invece di ricorrere allo strumento penale, quindi, sarebbe di gran lunga preferibile affidarsi alla competenza di storici professionisti, che in quanto tali non avrebbero alcuna difficoltà a dimostrare la falsità del negazionismo.

Ad avere la meglio in questo scontro dialettico, però, sono stati coloro che invocavano un'estensione della portata applicativa della fattispecie. Nell'ottobre 2006, infatti, l'Assemblea nazionale aveva paventato l'introduzione di un'altra legge antinegazionista, stavolta riguardante la contestazione del genocidio armeno. Sennonché, l'idea di un simile provvedimento legislativo – palesemente finalizzato a raccogliere il

⁵⁶² Nel diritto belga esistono due leggi sul negazionismo: la prima risale al 1981, mentre la seconda è del 23 marzo 1995. Quest'ultima, pur essendo finalizzata a reprimere la negazione, la minimizzazione, la giustificazione e l'approvazione del solo genocidio commesso dal regime nazional-socialista tedesco durante la seconda guerra mondiale, omette qualsivoglia riferimento alle decisioni assunte dal Tribunale di Norimberga.

⁵⁶³ V., sul punto, M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, in *Ragion pratica* 1997, p. 190.

consenso elettorale della comunità armena francese – aveva suscitato forti reazioni in seno alla comunità ruandese, determinata a richiedere che anche il genocidio subito dai Tutsi (v. *supra* cap. II, par. 2.2) venisse dichiarato non negabile per legge. Questa legittima richiesta, però, aveva messo in forte imbarazzo lo Stato francese, che negli anni Novanta era stato il principale fornitore di armi del governo Hutu. Da qui la scelta di bloccare l'*iter* legislativo in corso, per non rompere i già precari equilibri internazionali. Sennonché, il 22 dicembre 2011, l'Assemblea nazionale francese è tornata ad affrontare il problema del negazionismo, approvando l'ennesimo progetto di legge che punisce con un anno di reclusione e 45 mila euro di multa «la contestazione o sminuizione oltranzista dei genocidi legalmente sanciti come tali dallo Stato francese», vale a dire la *Shoah* e lo sterminio perpetrato dagli ottomani nei confronti degli armeni tra il 1915 e il 1917 ⁽⁵⁶⁴⁾. Ma perché sanzionare la sola negazione di questi genocidi e non di *tutti* i crimini contro l'umanità in generale? Quali sono gli eventi tragici che possono diventare oggetto di verità, la cui negazione possa venire sanzionata dalla legge? In base a quali criteri si individuano tali crimini? E ancora, «si può pensare, in un'epoca di globalizzazione, che altri Paesi e altre culture pongano al centro di leggi antinegazioniste eventi considerati più [importanti] per la loro storia e la loro cultura?». «Un genocidio legittimato da una sentenza (come la *Shoah*, il genocidio ruandese e quello di Srebrenica) deve essere maggiormente tutelato rispetto ad un genocidio su cui non si è mai pronunciato alcun tribunale (è il caso del genocidio armeno e di quello cambogiano)?» ⁽⁵⁶⁵⁾.

A quesiti analoghi ha cercato di rispondere la Corte costituzionale belga (*Cour d'Arbitrage*) che, pronunciandosi su una legislazione antinegazionista molto simile a quella francese (v. *supra*), ha concluso nel senso della sua

⁵⁶⁴ Quest'ultimo progetto di legge ha causato forti scontri diplomatici tra la Francia e la Turchia. Il primo ministro turco, Recep Erdogan, ha parlato di «profonde ferite insanabili» nei rapporti fra Parigi e Ankara, annunciando una serie di sanzioni politiche e militari, e accusando la stessa Francia di essersi resa colpevole del genocidio perpetrato nei confronti della popolazione algerina durante il periodo coloniale. La Turchia, inoltre, ha richiamato il suo ambasciatore da Parigi e ha sospeso i visti e i programmi militari in *partnership* con la Francia, incluse le esercitazioni (v. L. CAPUTO, *Guerra Parigi-Ankara sulla Shoah armena*, in www.ilgiornale.it/esteri, 23 dicembre 2011).

⁵⁶⁵ M. FLORES, *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, Bologna 2005, p. 509.

conformità sia alla Costituzione, sia al diritto internazionale ⁽⁵⁶⁶⁾. Tra i principali motivi di impugnazione si contestava la presunta violazione della libertà d'espressione e, in particolare, della libertà d'insegnamento; inoltre, il ricorrente denunciava l'indeterminatezza della fattispecie, i cui termini vaghi ed equivoci rendevano pressoché impossibile definire oggettivamente cosa fossero i crimini contro l'umanità e in cosa consistesse la negazione, la minimizzazione e la giustificazione dei medesimi. Infine, si criticava il carattere limitato della fattispecie *de qua*, riguardante la sola negazione del genocidio commesso dal regime nazista.

Investita della questione, la Corte belga ha premesso che la libertà d'espressione, pur costituendo il fondamento essenziale di ogni società democratica, non è tuttavia un diritto assoluto. La limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, quindi, si renderebbe necessaria ogni volta che da questa derivino conseguenze lesive per le persone e per la società democratica stessa. Nel caso di specie, il legislatore ha ritenuto di dover punire le manifestazioni negazioniste perché sconfinano nel terreno dell'antisemitismo e del razzismo, tendono alla riabilitazione dell'ideologia nazista e costituiscono un fenomeno destabilizzante per la democrazia. Inoltre, si tratta di esternazioni che si rivelano offensive per la memoria delle vittime del genocidio, per i sopravvissuti e per il popolo ebraico. In termini analoghi si è espresso anche lo storico P. Wachsmann ⁽⁵⁶⁷⁾ il quale, pronunciandosi sulla piena legittimità della *Loi Gayssot*, ha osservato come una simile inferenza nella sfera delle libertà individuali sia giustificata dal fine ultimo di prevenire la causazione di danni, positivi e concreti, ad altri soggetti. E questi danni, nel caso del negazionismo, verrebbero a coincidere con la lesione ingiustificata del «diritto dei sopravvissuti e delle famiglie di chi è morto nei campi a veder riconosciuta l'infamia di cui sono stati oggetto, e a conservare la memoria di tale infamia» ⁽⁵⁶⁸⁾.

Quanto al secondo motivo di ricorso, la *Cour* ritiene che i termini “negare” e “approvare” non si prestino a fraintendimenti. Con la prima condotta, infatti, l'esistenza del genocidio viene negata nella sua totalità, mentre con

⁵⁶⁶ *Cour D'Arbitrage*, 12 luglio 1996.

⁵⁶⁷ P. WACHSMANN, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Ragion pratica* 1999, p. 57.

⁵⁶⁸ M. RIPOLI, *Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio*, in *Ragion pratica* 1999, p. 71.

la seconda se ne dà approvazione. Nel precisare il significato del verbo “minimizzare”, poi, la Corte sottolinea l'importanza dell'avverbio *grossièrement*, da cui emerge la volontà del legislatore di non reprimere la mera minimizzazione, ma solo quella che avviene in modo grave. Infine, i giudici belgi osservano che, sebbene la normativa impugnata prenda in considerazione la sola negazione del genocidio ebraico, nulla impedisce un'estensione del campo di applicazione della fattispecie a contestazioni di altri genocidi (⁵⁶⁹). Un'affermazione di questa portata è, però, molto pericolosa, poiché disattende palesemente il principio di tassatività-determinatezza, comportando il rischio di applicazioni arbitrarie della disposizione. La materia, già di per sé molto delicata e soggetta a forti condizionamenti politici, necessitava di essere definita nel modo più chiaro possibile. Le affermazioni dei giudici belgi, invece, hanno condotto nella direzione opposta, legittimando l'esistenza di una fattispecie il cui contenuto può essere continuamente riformulato, secondo gli ideali politici dominanti.

Altrettanto emblematica è apparsa la condanna di Roger Garaudy che, nella sua opera “*Les mythes fondateurs de la politique israélienne*”, contestava l'esistenza delle camere a gas, mettendo in discussione il loro funzionamento e alcune testimonianze dei sopravvissuti (v. *supra* par. 1). In particolare, il *Tribunal correctionnel* di Parigi (⁵⁷⁰) giudicava lo scrittore colpevole di diffamazione razziale, poiché, attribuendo agli ebrei il fatto di aver sacralizzato e ingrandito la *Shoah* per fini politici, aveva arrecato un evidente attentato all'onore e alla considerazione della comunità ebraica; inoltre, i giudici condannavano Garaudy per contestazione di crimini contro l'umanità, dal momento che lo scrittore non si era limitato ad una critica di natura politica o ideologica del sionismo, ma «aveva contestato in maniera virulenta e sistematica l'esistenza stessa del genocidio, attingendo all'ampia letteratura negazionista già esistente». A nostro modesto avviso, l'affermazione conclusiva dei giudici francesi desta alcune perplessità e ricorda vagamente la già tracciata distinzione tra vilipendio e critica (v. *supra* cap. I, par. 1.1), per cui quest'ultima può dirsi lecita solo se si

⁵⁶⁹ Così anche nei lavori preparatori alla legislazione antinegazionista belga, *Doc. parl., Chambre*, 1991-1992, n. 557/5, p. 17.

⁵⁷⁰ *Tribunal correctionnel de Paris*, 27 febbraio 1998.

traduce in espressioni composte e dignitose, mentre laddove si connoti di espressioni volgari e grossolane trasmoderebbe nel vilipendio⁽⁵⁷¹⁾. Già si è visto come questa interpretazione debba essere abbandonata, poiché discrimina arbitrariamente tra il colto e l'incolto, tra chi è capace di mantenere un atteggiamento composto e chi, invece, lascia trasparire le proprie emozioni, sempre che – si intende – le parole non degenerino in azioni. L'impressione è che i giudici francesi, per sfuggire ad eventuali critiche sul loro atteggiamento eccessivamente repressivo della libertà d'espressione, che sarebbero certamente emerse laddove avessero dichiarato di voler colpire il *contenuto* di quei messaggi, siano ricorsi all'argomento "fittizio" della *forma* espositiva, facendone un criterio di incriminazione alternativo e di minor impatto. Inoltre, non si può sottacere il forte coinvolgimento emotivo dell'organo giudicante, le cui argomentazioni assomigliano più a considerazioni di ordine etico-morale che non a sillogismi logico-giuridici⁽⁵⁷²⁾.

Ugualmente drastica è stata la condanna di un giornalista che, in un suo articolo, metteva in dubbio l'esistenza delle camere a gas nel campo di concentramento di Struthof⁽⁵⁷³⁾. Per giustificare la limitazione della libertà d'espressione, i giudici francesi hanno affermato che l'incriminazione di cui all'art. 24-*bis* si inquadra nella lotta contro il razzismo e dà attuazione ad impegni di rilievo internazionale. Inoltre – proseguono i giudici – le restrizioni adottate si pongono come misure necessarie per preservare le fondamenta etiche e giuridiche che stanno alla base di una società democratica. Ora, ciò che più disorienta in queste affermazioni è la costante interferenza tra il piano del diritto e quello della morale, sintomo di una realtà giuridica ancora troppo condizionata da meri giudizi di valore. Si dimentica che l'area del penalmente rilevante non coincide necessariamente con quella del moralmente riprovevole: negare un genocidio è eticamente disdicevole e ripugnante, ma ciò non basta a farne

⁵⁷¹ V., per tutte, Cass. pen., 20 giugno 1966, in *Giust. pen.* 1967, II, p. 426.

⁵⁷² *Contra*, invece, G. MANZI, *Si può dir male di tutto, tranne che delle vittime dell'Olocausto. La libertà d'espressione non giustifica il revisionismo*, in *Diritto e giustizia* 2003, p. 80, il quale, condividendo pienamente la decisione della Corte sul caso Garaudy, ritiene che i giudici non si siano lasciati condizionare emotivamente, ma abbiano piuttosto orientato il loro giudizio richiamandosi alla rigorosa applicazione degli obiettivi della Cedu.

⁵⁷³ *Pierre Marais c. France*, 24 giugno 1996, n. 31159/96, D. R., 86-A, p. 184.

un fatto penalmente perseguibile. E se anche lo fosse – e in molti Paesi lo è – siamo davvero certi che una legge antinegazionista sia il modo migliore per affrontare il problema del negazionismo? O serve piuttosto a mettersi a posto la coscienza, a raccogliere consensi elettorali e a far tacere un profondo senso di colpa – è il caso della Germania – per aver trascinato l'Europa in uno dei momenti più cupi della sua storia?

2.3. La particolarità del caso spagnolo.

A mettere in discussione quello che sembra essere un «diritto costituzionale comune europeo»⁽⁵⁷⁴⁾ in tema di negazionismo è la pronuncia del *Tribunal Constitucional* spagnolo, che il 7 novembre 2007 ha dichiarato l'incostituzionalità del reato di diffusione di idee e dottrine negazioniste di atti di genocidio⁽⁵⁷⁵⁾. La fattispecie impugnata, prevista all'art. 607, comma 2, del codice penale spagnolo, era stata introdotta dalla *Ley Orgánica* n. 10 del 1995, con cui la Spagna si impegnava ad attuare gli impegni assunti in ambito internazionale. Siffatto intervento legislativo, peraltro, era stato influenzato dalla nota “sentenza Friedman”⁽⁵⁷⁶⁾, su cui è opportuno spendere qualche parola. La signora Violeta Friedman, sopravvissuta al campo di sterminio di Auschwitz dove erano stati uccisi tutti i suoi famigliari, sentendosi lesa nell'onore dalle dichiarazioni antiebraiche rese da un *ex* combattente nazista durante un'intervista, decideva di presentare *recurso de amparo*. Sebbene quelle dichiarazioni riguardassero l'intero popolo ebraico e non specificamente la ricorrente, il Tribunale costituzionale spagnolo accoglieva comunque il ricorso della signora Friedman, statuendo che tutti i membri di un determinato gruppo etnico o sociale godono del diritto ad ottenere un equo risarcimento in seguito alle offese rivolte al gruppo di cui fanno parte. Nella stessa

⁵⁷⁴ J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., p. 1211.

⁵⁷⁵ In termini analoghi si è pronunciata la Corte suprema del Canada (R. vs Zündel [1992] 2 S.C.R. 731, cit.) che ha dichiarato incostituzionale l'art. 181 del codice penale canadese, ritenendo che in una società libera e democratica l'esistenza di un reato di negazionismo non possa essere in alcun modo giustificata (v. *supra* note 86, 365 e 383).

⁵⁷⁶ *Tribunal Constitutional*, 11 novembre 1991, n. 214.

occasione, i Giudici costituzionali affermavano che «né la libertà di pensiero, né la libertà d'espressione includono il diritto a porre in essere manifestazioni, espressioni o campagne di carattere razzista o xenofobo», e che l'odio e il disprezzo nei confronti di un popolo sono incompatibili con il rispetto della dignità umana, che solo si realizza se si considerano uguali tutti gli uomini, tutte le etnie e tutti i popoli.

Una decina d'anni dopo il caso Friedman, i Giudici costituzionali spagnoli si sono ritrovati a dover sindacare sulla legittimità costituzionale di una norma cui loro stessi, con la predetta pronuncia, avevano dato impulso. Questa volta, però, il *Tribunal Consitutional* ha rimescolato le carte, confezionando una pronuncia che prende le distanze dalla giurisprudenza tedesca e francese, oltre che da quella comunitaria: nella sentenza si sottolinea l'importanza della libertà d'espressione, che non costituisce soltanto una garanzia individuale, ma assurge a diritto costituzionale assoluto, idoneo a fondare la legittimità democratico-rappresentativa dell'ordinamento e capace di ricomprendere al suo interno anche le opinioni più scomode, scioccanti e inquietanti; nel contempo, però, la Corte spagnola rinviene anche l'esistenza di un fondamentale diritto alla dignità umana, cornice al cui interno deve svolgersi l'esercizio dei diritti fondamentali. È dunque indispensabile – proseguono i giudici – che l'esame della norma impugnata consista in una verifica della correttezza del bilanciamento effettuato dal legislatore tra i due beni di rango costituzionale. Ma è proprio qui che sta l'errore: nel caso del negazionismo, infatti, il legislatore ha scelto di incriminare un comportamento esclusivamente per il suo disvalore, senza considerarne l'effettiva lesività e, così facendo, ha posto un limite ingiustificato alla libertà d'espressione. A questo punto, il giudice delle leggi traccia una significativa distinzione tra *negazione* e *giustificazione* dei crimini contro l'umanità. La prima non può integrare una condotta penalmente sanzionabile, poiché la negazione di fatti assunti come storicamente certi comporta un giudizio di fatto non suscettibile di limitazioni, in quanto manifestazione del pensiero rientrante nella più specifica libertà di ricerca storica e scientifica riconosciuta dalla Costituzione; la mera negazione di determinati accadimenti storici – rimarcano i giudici – non rientra nei c.d. *discursos del odio*, che invece si

caratterizzano per l'incitamento diretto alla violenza contro soggetti appartenenti a minoranze etniche o religiose; né si può dire che il negazionismo abbia sempre l'obiettivo di creare un clima sociale di ostilità contro i gruppi che furono vittime dei crimini che si negano. Quanto alla giustificazione del genocidio, invece, essa comporta un giudizio di approvazione riguardo quei fatti, punibile allorché costituisca un incitamento diretto alla commissione del genocidio stesso. La giustificazione, infatti, a differenza della mera negazione, che è e resta un'espressione neutra, può facilmente contribuire all'instaurazione di un clima di odio sociale e in alcuni casi può addirittura sfociare in un'istigazione alla realizzazione dei suddetti crimini, rendendo così indispensabile l'intervento repressivo penale.

La sentenza in esame è stata accompagnata da quattro opinioni dissenzienti, che l'hanno criticata sotto diversi profili. Innanzitutto, si è detto che, prendendo le distanze dalla generale tendenza del diritto europeo a punire il negazionismo, ed aderendo, invece, a certe concezioni statunitensi, «la decisione tradisce le assunzioni di base della decisione quadro in merito al pericolo di una crescita dell'antisemitismo» (577). Si è poi ribadita la necessità di punire il negazionismo, in quanto crimine caratterizzato dallo stesso elemento soggettivo di disprezzo verso le vittime del genocidio, che regge anche il reato di apologia. L'incriminazione di un simile comportamento, infatti, costituirebbe l'unica strada percorribile per evitare il rischio di una «democrazia ingenua» (578). Infine – e questa è senza dubbio la critica più condivisa – si nutrono forti riserve sull'ipotizzata differenza tra negazionismo e giustificazionismo: in particolare, nel quarto voto dissenziente si afferma che sarebbe possibile interpretare tanto la negazione quanto la giustificazione come condotte dotate di un comune «elemento tendenziale», poiché entrambe «presentano come giusto un delitto di genocidio in termini tali da presupporre un incitamento indiretto alla sua commissione» (579). Analoghe perplessità sono state avanzate anche da certa dottrina, che ha giudicato «difficile scindere la negazione del

⁵⁷⁷ Opinione dissenziente del giudice Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

⁵⁷⁸ Opinione dissenziente del giudice Ramón Rodríguez Arribas.

⁵⁷⁹ Opinione dissenziente del giudice Pascual Sala Sánchez.

genocidio dalla sua giustificazione, sia da un punto di vista teorico, sia da un punto di vista pratico»⁽⁵⁸⁰⁾. Il più delle volte, infatti, negare e giustificare sono aspetti inscindibili di una medesima argomentazione, inidonei ad essere considerati autonomamente. Tant'è che sono pochissimi i casi di negazione *tout court* dell'Olocausto; più frequente, invece, è la contestazione limitata ad alcuni aspetti soltanto del genocidio (es. l'esistenza delle camere a gas; il numero delle vittime), unita ad argomentazioni volte a giustificare la commissione di quei crimini.

A queste critiche si sono aggiunte quelle di coloro che hanno contestato la definizione di dignità umana fornita dalla Corte spagnola, giacché circoscritta alla sola dimensione individuale e non anche a quella collettiva; i Giudici costituzionali, inoltre, sono stati criticati per non aver considerato che la libertà ideologica presuppone limitazioni necessarie al mantenimento dell'ordine pubblico e per non aver affermato a chiare lettere che il valore della tolleranza non potrebbe mai e poi mai identificarsi con l'indulgenza verso discorsi che ripugnano ad ogni coscienza consapevole delle atrocità perpetrate dai totalitarismi del nostro tempo⁽⁵⁸¹⁾.

Ora, premesso che l'individuazione del bene giuridico offeso dal negazionismo è tutt'altro che scontata – siamo certi che un'affermazione negazionista possa turbare l'ordine pubblico? Il diritto alla verità storica può assurgere a bene giuridico tutelabile da una norma penale?⁽⁵⁸²⁾ –, i contestatori della sentenza spagnola dimenticano che la Spagna non è la Germania, ma è un Paese con una sua propria identità, che non può e non deve necessariamente uniformarsi a quegli Stati che, a gran voce, proclamano la necessità di reprimere penalmente il negazionismo. A differenza dei «tedeschi [che] hanno fortemente “voluto” e “potuto” cristallizzare un passato orribile cui farsi carico per farne il presupposto della nuova Germania democratica e antinazista, gli spagnoli (...) non sono a tutt'oggi ancora in grado di riconoscersi in quella storia largamente

⁵⁸⁰ C. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in *Quaderni costituzionali* 2008, p. 637. Perplessità analoghe sono espresse da C. VISCONTI, *Le restrizioni penalistiche al discorso negazionista*, in *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino 2008, p. 15.

⁵⁸¹ Così si esprime J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., p. 1214.

⁵⁸² C. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare*, cit., p. 639, risponde negativamente a questo quesito.

condivisa, persistendo memorie e giudizi controversi sul recente passato franchista e sulla guerra civile» (583). E di questo non gliene si può fare una colpa. Del resto, come si potrà vedere *infra*, la posizione assunta dall'Italia in materia di negazionismo non è molto diversa da quella spagnola, considerato che sul fascismo e sulla guerra di liberazione non è ancora scesa una verità unanimemente condivisa, ma si avvicendano dispute storiche e scontri politico-giornalistici su ricostruzioni diametralmente contrapposte. Ciò accade perché il negazionismo, prima ancora di essere un reato, è innanzitutto un fenomeno storico, sociale, politico e culturale. Ed è proprio in questi termini che dovrebbe essere affrontato: anziché ricorrere allo strumento penale, con la pretesa semplicistica e riduttiva di racchiudere in un testo normativo gli eventi storici, sarebbe molto più utile «costruire una coscienza condivisa sulla memoria storica di fatti che non devono comunque essere dimenticati» (584).

3. Il negazionismo in Italia.

L'Italia, a differenza di molti altri Paesi (585), ha scelto di non perseguire penalmente il negazionismo, pur contemplando molteplici disposizioni volte a reprimere il fenomeno dell'odio razziale, etnico e religioso (v. *supra* capitoli II, III e IV) e, nonostante diverse iniziative finalizzate a incriminare questa fastidiosa forma di contestazione, è sempre prevalso il fronte dei "no". Già si è visto come la particolarità del caso italiano sia l'evidente riflesso di un'eredità storico-politica altrettanto peculiare che, innescando un'accesa battaglia ideologica ancora in corso, ha di fatto impedito il formarsi di un'unica verità di Stato da difendere ad ogni costo, anche ricorrendo allo strumento penale. Con questi presupposti, nei paragrafi successivi si esamineranno le alterne vicende del fenomeno negazionista in

583 C. VISCONTI, *Le restrizioni penalistiche al discorso negazionista*, cit., p. 15.

584 I. SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in *Dir. comparato pubblico ed europeo* 2008, p. 1921.

585 Escludendo gli Stati Uniti, sono ben pochi i Paesi che non hanno *mai* previsto alcuna norma penale repressiva del negazionismo. Tra gli Stati dotati di una legislazione penale antinegazionista vanno menzionati Israele, la Svizzera, l'Austria, il Portogallo, il Belgio, la Francia, la Germania, la Nuova Zelanda, la Svezia, l'Australia, la Repubblica Ceca, la Slovacchia, la Lituania, la Polonia, la Romania.

Italia, analizzando le posizioni di chi vorrebbe diventasse un reato e di chi, invece, si oppone strenuamente ad ogni forma di criminalizzazione della parola, per quanto riprovevole essa possa essere.

3.1. La proposta Mastella.

Tra le principali iniziative volte a incriminare il fenomeno negazionista anche nel nostro ordinamento va certamente menzionata la c.d. proposta Mastella, risalente al gennaio del 2007. Nella sua originaria formulazione, il disegno di legge presentato dall'allora Ministro della giustizia prevedeva l'introduzione delle fattispecie di apologia e di istigazione a commettere crimini contro l'umanità che, peraltro, si presentavano come un inutile doppione delle ipotesi delittuose già contemplate dalla legge n. 962 del 1967 sul genocidio. Inoltre, l'on. Mastella aveva manifestato l'intenzione di ripristinare il testo della legge Mancino vigente prima delle modifiche apportate dalla riforma dei reati di opinione, cosicché, ad un solo anno di distanza dalla legge n. 85 del 2006, si sarebbe tornati ad incriminare la diffusione (anziché la propaganda) di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e l'incitamento (invece dell'istigazione) ad atti di discriminazione o di violenza (v. *supra* cap. I, par. 3.4). A conferma del suo atteggiamento schizofrenico-altalenante, il legislatore affermava altresì la necessità di punire i suddetti reati con la sola sanzione detentiva, la cui completa sostituzione con la pena pecuniaria, invece, era stata il *leitmotiv* dell'intera riforma del 2006. Infine, dopo la dichiarata volontà di estendere l'ambito della suddetta normativa alle discriminazioni motivate dall'identità di genere o dall'orientamento sessuale, l'allora Guardasigilli completava il suo personale *pout pourri* legislativo ipotizzando anche l'introduzione di una non meglio definita fattispecie di negazionismo ⁽⁵⁸⁶⁾. Successivamente,

⁵⁸⁶ In assenza di specificazioni ulteriori, il Ministro Mastella dichiarava che sarebbe spettato ai giudici di valutare caso per caso se le idee o le esternazioni di storici o opinionisti negazionisti della *Shoah* integrassero il reato *de quo*. Queste osservazioni, riportate da alcuni tecnici del Ministero della giustizia, sono citate da D. PULITANÒ, *Sulla legittimità dei reati d'opinione nella proposta Mastella*, in *Quaderni costituzionali* 2007, p. 371, e nell'editoriale de *La Civiltà Cattolica* 2007, III, p. 3, *Le tesi storiche vanno fissate per legge?*

però, egli accantonava l'idea di un'ipotesi delittuosa *ad hoc*, paventando piuttosto l'introduzione di una specifica aggravante per il delitto di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, nel caso in cui la condotta fosse stata realizzata «minimizzando o negando, in tutto o in parte, l'esistenza di un genocidio o di un crimine contro l'umanità», come descritti dagli artt. 6 e 7 dello Statuto della Corte penale internazionale, sempre che – e qui si percepisce l'influenza del legislatore francese – tali crimini fossero stati accertati da un tribunale nazionale o internazionale.

Il progetto di legge Mastella è stato oggetto di feroci critiche, soprattutto da parte degli storici che, nel Manifesto di critica di cui *infra*, si sono strenuamente opposti al progetto di incriminare la negazione della *Shoah* e di altri genocidi. E neppure le altre proposte avanzate dal Ministro hanno raccolto i consensi necessari ad una conversione in legge. A tutt'oggi, il disegno di legge Mastella in tema di reati di opinione viene ricordato soprattutto per l'acceso dibattito che ha suscitato, segno del fatto che l'Italia non è ancora pronta – lo sarà mai? – ad accogliere nel proprio ordinamento una norma che sanziona la contestazione della Storia.

3.2. L'opposizione degli storici e il Manifesto di critica.

L'appello firmato dagli storici ⁽⁵⁸⁷⁾ contro la proposta Mastella ha preso il nome di “Manifesto di critica” ⁽⁵⁸⁸⁾ ed è una sorta di saggio che approda alla

⁵⁸⁷ Tra gli oltre duecento storici e opinionisti firmatari del manifesto, spiccano soprattutto M. FLORES, S. LEVIS SULLAM, E. TRAVERSO, D. BIDUSSA, B. BONGIOVANNI, S. COLARIZI, A. DE BERNARDI, T. DETTI, A. ROSSI DORIA, M. FERRETTI, U. GENTILONI, P. GINSBORG, C. GINZBURG, G. GOZZINI, A. GRAZIOSI, M. ISNENGI, F. LEVI, G. LEVI, S. LUZZANETTO, P. MACRY, G. MICCOLI, C. PAVONE, P. PEZZINO, A. PORTELLI, G. RANZATO, R. ROMANELLI, M. SALVATI, S. WOOLF.

⁵⁸⁸ Il Manifesto di critica è apparso in diversi quotidiani, quali *L'Unità* del 23 gennaio 2007, *La Stampa* del 20 gennaio 2007, *Il Corriere della Sera* del 26 gennaio 2007, *La Repubblica* del 26 gennaio 2007, dove S. RODOTÀ, con un articolo dal titolo *Negazionisti in libertà. La libertà della menzogna*, ha sostenuto che «le sole strategie giuridiche valgono poco di fronte a fenomeni che hanno radici culturali e sociali profonde, che non possono essere recise con un gesto formale». Così – continua l'Autore – «non sono stati il divieto costituzionale di ricostruzione del partito fascista, la legge Scelba e il reato di apologia del fascismo a impedire che il fascismo trovasse condizioni propizie per prolungare la propria sopravvivenza. Questo è avvenuto grazie a un'azione politica e culturale che ha avuto nell'antifascismo un riferimento forte, che ne ha fatto un

conclusione per cui reprimere penalmente il negazionismo sarebbe una scelta sbagliata, dannosa e controproducente. Diversi sono gli argomenti cardine di questa lunga e articolata dissertazione. In primo luogo – e questa è una considerazione elementare – si sostiene che la repressione penale di simili discorsi da parte dei tribunali finirebbe per «fagocitare anche altri discorsi meritevoli di circolazione» (589), provocando la censura di ricerche storiche serie e fornendo idonea copertura alla repressione di forme di dissenso politico: l'esatto contrario di ciò che si prefigge l'art. 21 Cost.

In secondo luogo, incriminando il negazionismo si offrirebbe agli stessi negazionisti la possibilità di ergersi a difensori della libertà d'espressione, consentendo loro di ricorrere all'argomento della repressione, che li farebbe apparire come «martiri della libertà d'opinione e oggetto di una legislazione speciale di criminalizzazione del dissenso» (590). Si assisterebbe, così, ad una sorta di vittimizzazione dei colpevoli i quali, in un «paradossale gioco di specchi» (591), lamenterebbero un'ingiustificata compressione della loro libertà di espressione, denunciando, a loro volta, un complotto contro la verità. Esemplificativo in tal senso è stato il caso di David Irving (v. *supra* par. 2.1), la cui condanna ne ha fatto un'icona e un campione della libertà di ricerca storica per molti antisemiti, dando rilievo internazionale a tesi che, altrimenti, nessuno avrebbe considerato (592).

Inoltre, secondo i firmatari del Manifesto di critica, una legislazione antinegazionista che stabilisse una verità di Stato in fatto di passato storico, finirebbe per delegittimare quelle stesse verità che tanto si vogliono proteggere, ottenendo il risultato opposto a quello sperato. Censurando le

valore simbolico e un criterio di valutazione dei comportamenti, isolando soggetti politici ed impedendo anche che i contatti, più o meno velati o sotterranei con alcuni di essi, ottenessero legittimazione pubblica».

589 G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto* 2008, p. 305.

590 E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., p. 1034.

591 G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 305.

592 È dello stesso avviso M. FLORES, *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, cit., p. 506, il quale osserva che «esperienze a noi vicine (...) hanno mostrato che leggi antinegazioniste possono colpire molto saltuariamente, in genere anni e anni dopo che gli scritti negazionisti sono stati pubblicati e diffusi; ottenendo anche, paradossalmente, che i colpevoli raggiungano le prime pagine dei giornali e l'attenzione dei media, diventino personaggi di successo e contribuiscano a diffondere senza sforzo il loro verbo negazionista».

teorie negazioniste, infatti, si rischia di dare troppa importanza a quelle stesse ricostruzioni storiche, la cui repressione può diventare un fattore di possibile aggregazione di consensi intorno a un fenomeno che, invece, si vuole combattere (593). Da qui una serie di legittimi interrogativi: siamo realmente sicuri che, legiferando, non si porti acqua al mulino dei negazionisti? Non si offre loro forse l'occasione di sostenere che, se c'è bisogno di una legge per imporre come verità la realtà dei crimini nazisti, è precisamente perché essa non è affatto stabilita in modo inconfutabile? Se questa verità fosse effettivamente tale, che bisogno vi sarebbe di tutelarla per legge? (594). Del resto, come rilevato da un'attenta dottrina, «una verità storica “sotto tutela” (...) sarebbe una sorta di pseudo-verità, in quanto non poggierebbe sull'autorevolezza della ricerca e sulla capacità di fare verità sul passato anche recente, ma sulla forza autoritativa e livellatrice della legge. Mentre un'autentica ricerca storica ha bisogno soprattutto di libertà di espressione e di un metodo rigoroso, aperto al confronto» (595).

Infine, si contesta l'idea, assai discussa anche tra gli storici, dell'unicità della *Shoah*, quale accadimento incommensurabile e non confrontabile con nessun altro evento storico, che viene posto al di fuori della storia e al vertice di una presunta classifica dei mali assoluti del mondo contemporaneo. Secondo il Manifesto di critica, invece, nulla giustifica che il solo disegno di sterminio degli ebrei sia oggetto di una simile protezione statale, quando analogo trattamento dovrebbe essere riservato, se non ad

⁵⁹³ Analoghe osservazioni sono svolte da S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli 1997, relativamente alla normativa sulla discriminazione razziale introdotta nel 1993.

⁵⁹⁴ Così anche G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 305, il quale ritiene che «la repressione giuridica di alcuni discorsi o idee potrebbe instillare il dubbio che la verità ufficiale protetta contro il negazionismo non sia così vera – altrimenti, che bisogno ci sarebbe di proteggerla per legge?». Analoghi interrogativi sulla verità imposta dalla legislazione negazionista si ritrovano nella difesa svolta dal saggista Faurisson davanti al Comitato per i diritti dell'uomo (RUDH, 1997, p. 46): egli, invocando il diritto al dubbio e alla ricerca, contestava la *Loi Gayssot*, perché essa «consacra una volta per tutte la versione ortodossa ebraica della storia della seconda guerra mondiale e colloca come sola ed incontestabile verità quello che un gruppo di persone, giudici di un tribunale militare internazionale, hanno a priori stabilito come autentico». Per una panoramica sul caso Faurisson si rimanda a C. SALETTA, *Il caso Faurisson e il revisionismo olocaustico*, Genova 1998.

⁵⁹⁵ Queste considerazioni si ritrovano nell'editoriale de *La Civiltà cattolica* 2007, III, p. 4. Contrariamente, invece, si esprime il filosofo francese B.H. LÉVY, per il quale non sarebbe tale tipo di legislazione a limitare o a discreditarla la ricerca storica, bensì il lavoro disonesto dei negazionisti: «sono loro che, con falsificazioni e follie, confondono le piste e complicano le cose» (*Corriere della Sera*, 19 gennaio 2007).

ogni evento storicamente provato, quantomeno a quelli che sono stati di pregiudizio per interi popoli, dalla schiavitù degli africani, al genocidio armeno (596), ai campi di prigionia sovietici, organizzati da Stalin contro i suoi oppositori e in fin dei conti contro il suo stesso popolo (597). I sostenitori dell'unicità dell'Olocausto si oppongono strenuamente a queste osservazioni, affermando che «la negazione del genocidio degli armeni presenta dei caratteri differenti» rispetto a quella della *Shoah*, poiché «non si preoccupa di edificare un ingombrante apparato critico pseudo-storico e, se da un lato mira in effetti a discolpare le autorità turche, dall'altro non si inserisce, fortunatamente, in un temibile movimento anti-armeno» (598). Quanto poi al disegno schiavista nei confronti degli africani, esso «non è mai stato oggetto di alcuna negazione, cosa che rende l'obiezione inutile a tal proposito» (599). La *Shoah*, invece, possiede una «dimensione metafisica» (600) che la rende diversa da ogni altro crimine contro l'umanità e la sua

⁵⁹⁶ Questa teoria è condivisa da B. BRUNETEAU, *Il secolo dei genocidi*, Bologna 2005, che tende a porre sullo stesso piano tutti i “democidi” che Stati di ogni ideologia hanno perpetrato, spesso con postume negazioni, in varie parti del pianeta. È dello stesso avviso U. HERBERT, *Nazismo e stalinismo: possibilità e limiti di un confronto*, in M. FLORES (a cura di), *Nazismo, fascismo, comunismo. Totalitarismi a confronto*, Milano 1998, per il quale «se da una parte l'Olocausto è specifico in termini di obiettivi, radicalità, entità e procedure, dall'altra, la sua esecuzione lo rende molto simile, se non a volte persino intercambiabile, ai massacri di cui sono stati vittime altri gruppi». Infine, la tesi della comparabilità storica della *Shoah* con altri genocidi è sostenuta anche da E. TRAVERSO, *La singolarità storica di Auschwitz: problemi e derive di un dibattito*, in M. FLORES (a cura di), *Nazismo, fascismo, comunismo. Totalitarismi a confronto*, Milano 1998; ID., *Comparare la Shoah: questioni aperte*, Torino 2006, secondo il quale «molto più che un evento senza precedenti, Auschwitz costituisce una sintesi unica dei diversi elementi che si trovano in altri crimini o genocidi».

⁵⁹⁷ La comparabilità della *Shoah* con i crimini staliniani è sostenuta soprattutto da E. NOLTE, *Il passato che non vuole passare*, cit., p. 5, secondo il quale «l'immane tragedia dello sterminio degli ebrei nei campi tedeschi non fu un *unicum* per atrocità qualitativa e numerica, ma fu in qualche misura una risposta “storica” ai campi di prigionia sovietici». I crimini nazisti – continua l'Autore – furono solo la più violenta espressione di una reazione dei popoli dell'Europa tradizionale alla guerra che il bolscevismo aveva scatenato contro di essa. *Contra*, invece, J. HABERMAS, *Una sorta di risarcimento danni (Le tendenze apologetiche della storiografia contemporanea tedesca)*, in G.E. RUSCONI (a cura di), *Germania: un passato che non passa*, Torino 1987, p. 11 e ss., secondo il quale «è del tutto pretestuoso proporre una lettura parallela degli stermini nazisti e stalinisti al fine di occultare o minimizzare le colpe storiche del Reich tedesco». Lo sterminio degli ebrei – precisa l'Autore – non scaturiva da alcuna risposta storica agli stermini sovietici (i quali in larga parte non erano noti), bensì da una precisa ideologia di superiorità razziale che contestava gli assunti dell'uguaglianza e della fraternità umana.

⁵⁹⁸ M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, cit., p. 207.

⁵⁹⁹ P. WACHSMANN, *Libertà di espressione e negazionismo*, cit., p. 62.

⁶⁰⁰ A. FROSSARD, *Le crime contre l'humanité*, Parigi 1987.

negazione, laddove non integrasse reato, sarebbe destinata a diventare «un legittimo linguaggio con cui veicolare il progetto di distruzione dello Stato di Israele» (601). Volendo essere precisi, non sarebbe tanto il genocidio degli ebrei a costituire un *unicum*, quanto piuttosto la sua negazione: essa, infatti, «si inserisce in un movimento antisemita e antidemocratico, che non ha cessato di esistere con il genocidio stesso, e lo alimenta incessantemente» (602). E come l'Olocausto non può essere equiparato a nessun altro genocidio, così «una legge puntuale contro la negazione di Auschwitz non può essere paragonata ad ideologie autoritarie o ad una legislazione negazionista come quella turca o cinese» (603). Certa dottrina, addirittura, si è spinta sino a ravvisare nell'Olocausto «la matrice memoriale, la metafora del ventesimo secolo» che, prolungando la sua presenza come «ossessione del male assoluto», ha impedito che il passato si decantasse in memoria (604). Sennonché, sono proprio queste osservazioni che inducono a chiedersi se la *Shoah* sia realmente un accadimento unico nella sua mostruosità o se, invece, siano stati gli stessi sostenitori della sua unicità a farne la “metafora del ventesimo secolo”, ribadendone incessantemente l'incomparabilità con altri genocidi.

Fatta eccezione per il dibattito sulla comparabilità della *Shoah* con altri genocidi – una questione che, pur offrendo molti spunti di riflessione, non si è rivelata particolarmente utile ai fini della più generale indagine sull'opportunità di incriminare o meno il discorso negazionista –, le acute osservazioni sul problema della libertà d'espressione e sui rischi insiti nel pronunciamento di una verità di Stato hanno condotto al risultato sperato dai firmatari del Manifesto di critica: alla c.d. via breve, rappresentata dal ricorso allo strumento penale, si è preferita una via lunga, fatta di progetti didattici, educativi, culturali e propagandistici (v. *infra* par. 5). Resta da vedere se questa sia una soluzione definitiva o se, invece, il problema della punibilità del negazionismo sia stato solo rimandato.

601 M. CATTARUZZA, *La condanna del negazionismo limita la libertà di ricerca?*, in *www.ventunesimosecolo.org*. Della stessa Autrice v. anche *Storia della Shoah. La memoria del XX secolo*, vol. II, Torino 2006.

602 M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, cit., p. 207.

603 M. CATTARUZZA, *La condanna del negazionismo limita la libertà di ricerca?*, cit.

604 A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XXVII.

3.3. La decisione quadro 2008/913/GAI e i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario.

A distanza di un solo anno dalla pubblicazione del Manifesto di critica, la decisione quadro 2008/913/GAI (v. *supra* cap. I, par. 3.5) ha riproposto l'annoso dibattito sull'opportunità di incriminare il negazionismo, introducendo l'obbligo per ciascuno Stato membro di adottare provvedimenti volti a rendere punibili l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra di cui agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale (art. 1, lett. c), nonché dei crimini definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945 (art. 1, lett. d). A ben vedere, però, quello sollevato dalla normativa comunitaria è un problema solo apparente, poiché la decisione quadro non incrimina il negazionismo *tout court*, ma prevede che i suddetti comportamenti siano puniti solo "quando (...) siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio" nei confronti dei gruppi razziali, etnici o religiosi presi di mira o nei confronti di un loro membro. Ciò che realmente si vuole perseguire, quindi, non è il fenomeno negazionista in sé – menzionato per mere ragioni politiche di facciata – ma è l'istigazione alla violenza e all'odio razziale. Diversamente, il provvedimento in esame sarebbe incorso nelle critiche di quella dottrina, soprattutto italiana, che si batte per il recupero della sfera offensiva e materiale dell'illecito, oltre che per un maggior rispetto della libertà d'espressione. La normativa comunitaria, quindi, è paradossalmente più vicina alla nostra giurisprudenza che non a quella degli altri Paesi europei, dove le affermazioni negazioniste vengono sanzionate a prescindere dalla loro idoneità ad incitare all'azione.

In ogni caso, la decisione quadro lascia un ampio margine di manovra ai singoli Stati membri, cui è riconosciuta la facoltà di rendere punibili esclusivamente i comportamenti atti a turbare o disturbare l'ordine pubblico e le condotte che siano effettivamente minacciose, offensive o ingiuriose. L'Italia, in particolare, non ha ritenuto necessario emanare ulteriori provvedimenti in materia, contemplando già diverse disposizioni

volte a incriminare quei “discorsi dell’odio” che si risolvano in istigazioni a commettere violenze nei confronti dei gruppi discriminati (v. *supra* cap. IV). Quanto alla circostanza che tali discorsi contengano affermazioni negazioniste, essa è apparsa del tutto irrilevante al legislatore italiano, che ha preferito non specificarla; infatti, ciò che unicamente conta ai fini dell’integrazione della fattispecie di istigazione all’odio etnico e razziale, è l’idoneità di quegli stessi discorsi ad incitare alla commissione di reati, indipendentemente dal fatto che abbiano contenuto apologetico, negazionista, revisionista o più semplicemente razzista, senza connotazioni ulteriori.

Al di là di questo, la decisione quadro non ha mancato di suscitare alcune osservazioni critiche. In particolare, essa è stata contestata sotto il profilo della determinatezza (v. *supra* cap. I, par.), poiché l’impiego di «termini a basso livello di precisione normativa»⁽⁶⁰⁵⁾ ha di fatto ostacolato un’interpretazione conforme della decisione, rallentandone l’implementazione nei vari ordinamenti nazionali: ci si è chiesti cosa si debba intendere per “negazione” e se, in questa accezione, possa essere fatta rientrare anche l’omessa trattazione, in un’opera a carattere divulgativo, di certi tragici eventi. Può il silenzio essere equiparato alla negazione?⁽⁶⁰⁶⁾ E ancora, cosa si intende per “minimizzazione grossolana”? L’assenza di risposte precise ha contribuito ad ampliare la discrezionalità dei giudici, le cui interpretazioni si presentano, il più delle volte, come il prodotto di convinzioni personali, politiche e morali.

La polemica più accesa, però, ha riguardato l’esclusione, dal campo di applicazione della norma, di ogni riferimento alle stragi commesse dal

⁶⁰⁵ C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/GAI*, cit., p. 648.

⁶⁰⁶ In particolare, la questione riguardava l’omessa menzione del genocidio armeno in un’opera storico-letteraria a carattere divulgativo, realizzata su iniziativa di un quotidiano nazionale. L’Unione degli Armeni in Italia, ravvisando in tale omissione un’esplicita negazione del genocidio, lamentava un *vulnus* al patrimonio spirituale, culturale e politico dell’intera comunità. Investito della questione, il Tribunale civile di Torino negava la sussistenza di una simile lesione, affermando che, «a meno di non voler attribuire al silenzio un significato che non ha, l’omissione non può essere ritenuta esplicita negazione». L’opera in questione, infatti, non conteneva alcuna negazione espressa circa l’effettivo accadimento dei tragici eventi del popolo armeno, ma soltanto un’omessa trattazione di tali fatti in termini di genocidio (v. Tribunale di Torino, sez. VII civ., 27 novembre 2008 n. 7881, in *Giur. cost.* 2009, p. 3949).

regime comunista (607). Il legislatore comunitario, infatti, richiamandosi alla definizione di “crimine” ex art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945 (art. 1, lett. d), ha circoscritto la punibilità del fatto alle sole affermazioni di coloro che neghino gli eccidi perpetrati dai Paesi dell'Asse prima e durante la seconda guerra mondiale, quasi si trattasse degli unici stermini commessi in Europa (608). Si ripropone, pertanto, il già citato problema della comparabilità di certi crimini (in questo caso politici) rispetto ad altri, in parte superato dalla previsione di cui alla lett. c) che, invece, si riferisce più genericamente ad ogni genocidio e crimine contro l'umanità. Anche nella previsione *sub* lett. d), quindi, sarebbe stato di gran lunga preferibile evitare specifici richiami ai massacri nazisti, soprattutto in virtù del fatto che la creazione di una tanto decantata “identità comune” richiede una visione più critica e meno miope della recente storia europea, che tenga in considerazione sia le versioni dei vincitori sia quelle dei vinti. Purtroppo, però, fino a che l'Europa si identificherà con alcuni Paesi soltanto, non si potrà mai giungere ad un simile risultato.

4. Il “cerchio infernale”. È davvero opportuno ricorrere allo strumento penale?

Tra gli argomenti tendenti ad affermare la necessità di incriminare il discorso negazionista, vi è innanzitutto quello per cui il negazionismo non sarebbe altro che una forma di istigazione all'odio razziale, che «il legislatore deve punire – come ogni istigazione – in ragione degli effetti che

⁶⁰⁷ Un riferimento ai crimini commessi dal regime totalitario comunista era stato fortemente auspicato dai Paesi membri dell'ex blocco sovietico, e in particolare la Lettonia. Considerazioni analoghe, peraltro, potrebbero valere anche per gli eccidi delle foibe, perpetrati dal regime comunista di Tito ai danni della popolazione italiana (v. *supra* nota 546).

⁶⁰⁸ Il Tribunale militare internazionale, istituito per il giudizio e la punizione dei grandi criminali di guerra dei Paesi europei dell'Asse, all'art. 6 del relativo Statuto si definisce «competente a giudicare e [a] punire tutti coloro che, agendo per conto dei Paesi Europei dell'Asse, avranno commesso sia individualmente, sia quali membri di organizzazioni» delitti contro la pace, crimini di guerra e crimini contro l'umanità.

può produrre, anche se non sempre li produce» (609). Ora, «identificare “*tout simplement*” negazionismo e incitamento al razzismo» (610) – come fanno alcuni Autori – è quanto mai improprio e scorretto. Infatti, non tutti i discorsi negazionisti costituiscono istigazione all'odio razziale, ma solo quelli idonei ad incitare i destinatari a commettere atti di violenza e sopraffazione nei confronti del gruppo discriminato. Detto in altri termini, «la negazione, o la minimizzazione, dell'Olocausto (o di fatti di genocidio) non si sottrae a una alternativa: o si tratta di un'istigazione al delitto, oppure non può rilevare come mera idea soggettiva, anche se propalata col *copyright*». «Insomma» – ribadisce incisivamente l'Autore – «il negazionismo non esiste, o non deve esistere come reato: o c'è istigazione, o critica storica. *Tertium non datur*» (611). Per poter essere perseguite penalmente, infatti, le affermazioni negazioniste devono possedere quella *vis* offensiva concreta propria dell'istigazione, non essendo sufficiente il pericolo astratto di potenziali effetti lesivi.

I sostenitori della legislazione antinegazionista operano poi un'altra incongrua equiparazione tra espressione di un'opinione e compimento di un'azione, affermando che la diffusione delle opinioni negazioniste deve essere punita perché «più che un'opinione, essa è un atto che può produrre effetti non desiderabili» (612). Come già si è visto, però, non tutte le manifestazioni di pensiero costituiscono “cominciamenti” di azioni, e punire l'espressione di un'opinione che non si è certi causerà un reale pregiudizio si rivela un gioco di presunzioni che contrasta con il principio

609 M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, cit., p. 204.

610 G. COHEN-JONATHAN, *Négationnisme et droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. homme* 1997, p. 571, per il quale «il delirio negazionista costituisce apologia del crimine e provocazione all'odio razziale e all'antisemitismo e va dunque condannato (...) per propaganda antisemita e neonazista, dovendosi identificare “*tout simplement*” negazionismo e incitamento al razzismo».

611 M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 2008, p. 1546. L'Autore osserva altresì che, sebbene Wiesenthal (S. WIESENTHAL, *Justice n'est pas vengeance*, Parigi 1989) dica che chi nega l'Olocausto è un nazista, fino a che quest'ultimo non fa propaganda di nazismo organizzando e promuovendo concretamente condotte naziste, egli non può rispondere penalmente. «Questa strada maestra» – continua l'Autore – «non va abbandonata neppure di fronte agli “storici tendenziosi”, ai fiancheggiatori di correnti neonaziste: occorrerà ricondurre le loro azioni in fatti tipici, di istigazione a compiere atti di violenza».

612 M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, cit., p. 205.

di offensività del fatto, comportando altresì il rischio di interpretazioni arbitrarie della fattispecie.

Inoltre, chi sostiene la piena legittimità del reato di negazionismo muove dall'irrinunciabile premessa che la libertà di manifestazione del pensiero, per quanto essenziale alla vita della democrazia, incontri dei limiti necessari in altri valori costituzionalmente garantiti. E questi valori verrebbero a coincidere, in sostanza, con il diritto dei sopravvissuti a veder riconosciuta l'infamia di cui sono stati oggetto e a conservarne la memoria⁽⁶¹³⁾. Il negazionismo, quindi, non sarebbe un reato senza offesa come sostenuto da taluni, consistendo invece in un'azione che, oltre a ledere in modo immediato «l'onorabilità e il diritto all'identità di un gruppo etnico straziato dalla storia», mette anche in pericolo «un valore fondamentale dell'ordine democratico quale l'antirazzismo», che costituisce «uno dei pilastri fondanti dell'ordine pubblico ideale della comunità internazionale e dei vari Paesi liberaldemocratici uscito dall'immane tragedia della seconda guerra mondiale»⁽⁶¹⁴⁾.

Tuttavia, coloro che si oppongono alla repressione penale del negazionismo avanzano non poche perplessità in merito alla possibilità di individuare un bene giuridico offeso dalla fattispecie in esame. Peraltro, l'assenza di un'opinione unanimemente condivisa in materia – alcuni individuano tale bene nell'ordine pubblico⁽⁶¹⁵⁾, altri nella pace pubblica⁽⁶¹⁶⁾, nella sicurezza nazionale, nella protezione della reputazione o dell'onore, nella dignità

⁶¹³ M. RIPOLI, *Ancora sul negazionismo*, cit., p. 71. In termini analoghi si esprime F. RINGELHEIM, *Le négationnisme contre la loi*, in *Rev. trim. dr. homme* 1997, p. 120 e ss., che osserva come il negazionismo attenti alla memoria delle vittime, mettendo in pericolo i valori fondamentali della democrazia.

⁶¹⁴ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XXVII.

⁶¹⁵ Per spiegare come dall'affermazione di tesi negazioniste possa derivare un attentato all'ordine pubblico, M. CERASE, *Il revisionismo storico al vaglio del Parlamento europeo: Le Pen a giudizio*, in *Cass. pen.* 1999, p. 1666, considera che «dal rispetto della memoria e dell'identità ebraica le comunità fanno discendere un senso di sicurezza e di garanzia del fatto che i crimini razziali in loro danno non si ripeteranno nella storia». Ciò premesso – continua l'Autore – «l'esperienza delle persecuzioni e delle deportazioni è tale che il solo avviarsi sul crinale di una ricerca o di una critica che abbia come esito la relativizzazione dell'evento o la sua sostanziale minimizzazione o negazione costituisce di per sé un tipo di propaganda equipollente a un attentato al senso di piena integrazione nella società e di tranquillità per il futuro degli appartenenti alle comunità ebraiche».

⁶¹⁶ Così è soprattutto per H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano 1967, la quale sostiene che «l'affermazione bugiarda su questioni di tale gravità non può che risultare di turbativa per il vivere pacifico».

umana, nella necessità di proteggere la verità storica, di tutelare i superstiti dell'Olocausto o la memoria delle sue vittime – non contribuisce a far luce su di una questione già di per sé molto controversa. Quel che è certo, però, è che molti di questi beni giuridici presentano un carattere astratto e inafferrabile, che il più delle volte si traduce nel mancato rispetto dei principi di offensività e di materialità del fatto. Come attentamente osservato, infatti, beni come l'ordine pubblico o la pace pubblica «non solo vengono spesso a surrogare l'assenza di un referente immediato di lesività, ma si presentano anche come concetti non neutri, prodotto di valori ideologici» ⁽⁶¹⁷⁾ che non spetta certamente al diritto penale riprodurre sotto forma di fattispecie incriminatrice.

Quanto alla necessità di ricorrere allo strumento penale per tutelare i sentimenti dei sopravvissuti e dei parenti delle vittime dall'intollerabile sofferenza che gli scritti negazionisti potrebbero loro infliggere, si è giustamente osservato che anche un blasfemo può arrecare dolore a un credente e che «non è possibile misurare l'intensità delle sofferenze o classificarle per categorie al fine di decidere che questa e non quella deve essere evitata ad ogni costo» ⁽⁶¹⁸⁾. Inoltre, lungi dal voler dissacrare l'esigenza reale di protezione di certi valori, è necessario distinguere chiaramente tra *sentimenti* collettivi o individuali e *beni* protetti dal diritto penale: la pietà verso i defunti, infatti, non è tutelabile come *status* psicologico dei loro parenti, ma come valore sociale comune di rispetto della persona, a prescindere da ciò che possano avvertire i familiari ⁽⁶¹⁹⁾.

Altrettanto discussa è la posizione di chi ritiene che il bene giuridico offeso dal negazionismo sia da ravvisare nel diritto alla memoria di quei tragici eventi. Stando a questa interpretazione, alla pena verrebbe assegnata la singolare funzione di «strappa[re] la fattualità storica ai naturali processi di metabolizzazione (e trasformazione) mnemonica per consegnarla ad un eterno ed imm modificabile presente, cercando di lottare contro attività volte alla manipolazione strumentale del passato o all'offuscamento della

⁶¹⁷ E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, cit., p. 50.

⁶¹⁸ M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, cit., p. 204.

⁶¹⁹ Così si esprime M. DONINI, «Danno» e «offesa» nella c.d. tutela penale dei sentimenti, cit., p. 1546.

memoria di (...) vicende drammatiche» (620). Ora, quello degli imperativi di memoria (o di oblio) è un fenomeno che ritorna ciclicamente nella storia dell'umanità (621): il potere politico, attraverso norme giuridiche, impone di ricordare certi accadimenti e di dimenticarne altri, fino a “distorcere” il passato (622). Ma la memoria – e questo è il *punctum pruriens* del dibattito – può essere penalmente tutelata? E in caso di risposta affermativa, quali fatti andrebbero ricordati più di altri? La risposta a questa domanda implica un giudizio di valore che un diritto penale “laico” non può formulare. Conformemente alla struttura di uno Stato democratico, infatti, la norma penale non può e *non deve* essere la sede per tutelare la memoria di certi fatti, per promuovere una data ideologia o una sola versione della storia; se lo facesse, lo Stato rischierebbe di diventare esso stesso autoritario e verrebbe meno proprio il rispetto di quelle libertà fondamentali che la normativa *de qua* si propone di tutelare. Con queste affermazioni – è bene precisarlo – non si sta sottovalutando la tragicità di certi accadimenti, né si vuole negare l'esistenza di un “dovere civico di memoria”. Ma trattandosi, appunto, di un dovere etico-morale, esso non può essere imposto per legge (623).

620 E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, cit., p. 28.

621 Un esempio di questo fenomeno risale, addirittura, all'epoca dell'antica Grecia. Basti pensare al divieto di ricordare pubblicamente i gravi reati commessi ad Atene durante la dittatura dei trenta tiranni e successivamente amnistiati nel 403 a. C. E come non ricordare l'arma utilizzata dal Senato romano contro la tirannide imperiale? In quel caso, si mise in atto una vera e propria opera di «rimozione storica» che, attraverso la *damnatio memoriae*, faceva scomparire il nome del defunto imperatore dai documenti d'archivio e dalle iscrizioni dei monumenti (v. F. LIENA, *Spetta allo Stato accertare la “verità storica”?*, in *Giur. cost.* 2009, p. 3959, nota 4).

622 V., sul punto, le osservazioni di E. RENAN, *Che cos'è una Nazione?*, Roma 2004, p. 7, il quale ritiene che l'oblio, e in certi casi anche l'errore storico, siano «dei fattori essenziali nella creazione di una nazione, ed è così che il progresso degli studi storici è spesso una minaccia per la nazionalità». Questa tematica è affrontata anche da M. BETTINI, *Il perdono storico. Dono, identità, memoria, oblio*, Bologna 2000, p. 425, che osserva come, da sempre, le collettività civili costruiscano la loro identità di gruppo dosando memoria e oblio.

623 Illuminante è, al riguardo, la distinzione tracciata da E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, cit., p. 47, tra «reato di negazionismo (è necessario ricordare in un determinato modo)» e «leggi di memoria (è necessario ricordare)». Anche M. MALENA, *Il caso Irving*, cit., p. 120 condivide questa interpretazione, laddove afferma che la sanzione penale al discorso razzista o negazionista «trascende l'ordinamento normativo positivo e assume profili storico-morali e meta-giuridici».

A suscitare le reazioni più accese, però, è l'opinione di chi sostiene che la fattispecie di negazionismo sia posta a tutela della c.d. "verità storica" (624). In particolare, si dubita che la mera espressione di una menzogna possa realmente impedire al pubblico o alla scienza di pervenire alla verità, la cui ricerca, peraltro, è indubbiamente più favorita da un libertà d'espressione piena, che ammetta anche le opinioni minoritarie, per quanto odiose e raccapriccianti possano essere. Inoltre, a ben vedere, «nessuno ha il dovere alla verità storica, e tanto meno può essere punito per questo, con l'ulteriore distorsione che in tale ipotesi il giudice diventerebbe arbitro della storia» (625).

Queste ultime osservazioni introducono un altro tema cardine del dibattito sull'opportunità o meno di punire il negazionismo, vale a dire quello dei rapporti tra giudice e storico. Studiando il reato di negazionismo, ci si accorge di quanto sia rilevante la differenza tra metodo storico e metodo giuridico: il giudice deve indagare – in tempi che siano rispettosi del principio della ragionevole durata del processo – esclusivamente sui fatti contestati dall'accusa e, se non perviene ad una convinzione assoluta su di essi, deve assolvere l'imputato in base al principio *in dubio pro reo*; al contrario, lo storico non ha limiti né di tempo né di contenuto e può ritornare più volte sui fatti esaminati, traendo conclusioni e fornendo interpretazioni ogni volta differenti. Inoltre, mentre il processo penale si conclude con una sentenza irrevocabile, connotata da una natura *tranchante*, di contrapposizione netta tra colpevole e innocente, il giudizio storico, invece, ammette di ritornare infinite volte sull'interpretazione dei fatti già fornita. Ancora, mentre lo scopo del processo penale è quello di accertare responsabilità individuali rispetto a fatti circoscritti, l'indagine storica si limita a ricostruire e narrare la Storia. Tutto ciò considerato, è inevitabile che, incriminando la negazione o la minimizzazione

⁶²⁴ Questa teoria è sostenuta soprattutto da P. WACHSMANN, *Libertà di espressione e negazionismo*, cit., p. 57, secondo il quale «la negazione del genocidio perpetrato dai nazisti e dai loro complici nei confronti degli ebrei fa parte del progetto stesso del genocidio». Da qui la necessità di tutelare la reale versione dei fatti, affinché non venga distorta dagli stessi autori della *Shoah* e dai loro "seguaci". «L'esigenza di tutelare per legge un evento storico» è avvertita anche da M. RIPOLI, *Ancora sul negazionismo*, cit., p. 79.

⁶²⁵ E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, cit., p. 51; ID., *Profili penalistici del negazionismo*, cit., p. 1034.

dell'Olocausto o di altri gravi crimini contro l'umanità, si finisce per sovrapporre questi due diversi metodi di indagine, generando pericolose distorsioni: lo storico rischia di strumentalizzare la verità storica elevandola a verità legale e ufficiale ⁽⁶²⁶⁾, dando adito all'idea che esista una sola scuola di pensiero e frustrando la ricerca storica assieme ad ogni tentativo di fornire nuove e diverse versioni dei fatti ⁽⁶²⁷⁾; e il giudice, d'altro canto, viene investito di un ruolo che non gli appartiene, poiché gli si assegna indebitamente il compito di definire il metodo corretto della ricerca storica, chiedendogli di fissare la verità su determinati fatti, sebbene la loro versione sia ancora oggetto di dibattito tra gli studiosi. La conseguenza è un inevitabile scostamento del processo penale dalle regole che, invece, dovrebbero governarlo. Emblematico, al riguardo, è stato il caso di George Theil, lo storico condannato ai sensi dell'art. 24-bis della *loi Gayssot* per non aver impiegato un corretto metodo scientifico nella ricostruzione degli accadimenti storici ⁽⁶²⁸⁾. Premesso che quello condotto dai giudici francesi è stato un processo alla storia e al metodo storico, è più che legittimo domandarsi se un giudice sia effettivamente nella condizione di giudicare il metodo di ricerca storica, essendo egli un giudice e non uno storico ⁽⁶²⁹⁾. E ancora, cosa è il metodo? Cosa significa proteggere penalmente un metodo scientifico e, in questo caso, il metodo storico? Se il valore da proteggere è

⁶²⁶ Secondo P. VIDAL-NAQUET, *Les assassins de la mémoire*, cit., la verità è la verità e non ha bisogno di essere verità legale. Anzi, a partire dal momento in cui è verità legale, essa diviene sospetta di poter essere strumentalizzata.

⁶²⁷ È di questo parere anche M. DONINI, *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 1546, quando afferma che «esigere penalmente il rispetto della verità dell'Olocausto o il riconoscimento di crimini commessi in un contesto bellico significherebbe costruire dei vincoli alla ricerca storica autentica: come il senso del pudore non può vincolare l'arte o la scienza, lo stesso non può farlo il rispetto doveroso per le vittime di stragi compiute. Le vittime (e i loro “sentimenti di giustizia”) non hanno diritto a una verità “di Stato” tutelata penalmente». Negli stessi termini si esprime E. NOLTE, *Il passato che non vuole passare*, cit., per il quale le domande sull'attendibilità dell'Olocausto sono ammissibili ed inevitabili e spetta ad ogni storico continuare a “scavare” sui particolari di quanto accaduto. *Contra*, invece, J.C. GAYSSOT (il proponente della legge francese) e C. LEDERMAN, i quali, nell'intervista apparsa su *Le Monde* il 27 giugno 1996, affermano che la legislazione antinegazionista non vuole imbavagliare la ricerca storica, ma combattere l'antisemitismo militante di cui il negazionismo è espressione.

⁶²⁸ *Tribunal de Grande Instance* di Lione, 3 gennaio 2006.

⁶²⁹ A questa domanda risponde negativamente P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, trad. it. *Diritto e verità*, Torino 2000, per il quale solo la comunità scientifica può decidere su questioni riguardanti il metodo e la veridicità delle ricerche storiche.

la dignità umana, perché si insiste così tanto sul metodo più che sui contenuti di queste affermazioni? ⁽⁶³⁰⁾. A rafforzare simili dubbi vi è poi la condivisibile osservazione per cui la c.d. “memoria storica”, pur essendo un bene, «non è un bene tutelabile penalmente, in quanto la sola scelta della tutela farebbe di un bene scientifico di verità un vero tabù, una verità sottratta alla ricerca scientifica, che per definizione non può ricevere tutele di Stato sui suoi contenuti» ⁽⁶³¹⁾. Vero è che «memoria e storia non sono proprio la stessa cosa» ⁽⁶³²⁾, perché mentre la prima «perpetua il passato nel presente, [la seconda] lo fissa in un ordine temporale chiuso» ⁽⁶³³⁾. Anche tenendo a mente questa distinzione, però, si tornerebbe comunque al punto di partenza: la scelta di tutelare la memoria dell'Olocausto si presenterebbe pur sempre come una misura *non* ideologicamente neutra, di cui ci si serve per promuovere certi valori a discapito di altri.

Ed è proprio a questo punto che si manifesta la natura fortemente simbolica del reato di negazionismo, tipica dei reati di opinione, che sacrifica le fondamentali istanze di offensività e materialità del reato a tutela di non meglio definiti ideali. Del resto, la normativa in esame non è altro che un intervento di diritto penale dettato dall'allarme sociale ⁽⁶³⁴⁾, con cui le forze politiche al potere, incapaci di contrastare altrimenti il fenomeno negazionista, prendono posizione su di un problema di particolare contenuto ideologico e di pregnante significazione politica. Il risultato è un modello di tutela di scarso valore pratico, ma di alto valore simbolico-espressivo, strutturato in chiave amico-nemico, che persegue le persone e non i fatti ⁽⁶³⁵⁾. Si assiste, così, ad una sorta di

⁶³⁰ A porsi queste domande è E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, cit., p. 51, che dedica un intero capitolo del suo articolo al c.d. “processo alla Storia”. Gli stessi dubbi, peraltro, sono condivisi da C. VISCONTI, *Le restrizioni penalistiche al discorso negazionista*, cit., p. 20.

⁶³¹ M. DONINI, *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 1546.

⁶³² C. VISCONTI, *Le restrizioni penalistiche al discorso negazionista*, cit., p. 20.

⁶³³ E. TRAVERSO, *Il passato: istruzioni per l'uso. Storia, memoria, politica*, Verona 2006, p. 25.

⁶³⁴ È dello stesso avviso M. MALENA, *Il caso Irving*, cit., p. 120, secondo la quale la normativa antinegazionista attribuirebbe al diritto penale «una funzione pedagogica e di risposta all'allarme sociale inammissibili in un sistema liberaldemocratico».

⁶³⁵ Sul punto v. E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., p. 1034.

strumentalizzazione a fini politici dei crimini contro l'umanità⁽⁶³⁶⁾ che, nel caso della *Shoah*, diventa addirittura una «sacralizzazione (...), una teodicea laica che consiste nel commemorare il male assoluto per convincerci che il nostro sistema incarna il bene assoluto»⁽⁶³⁷⁾.

Con ciò non si intende negare la pericolosità e la gravità delle teorie negazioniste, che di fatto colpiscono il c.d. «patto etico» rappresentato dall'incondizionato rifiuto delle dinamiche che hanno trascinato l'Europa nell'orrore della guerra e dei totalitarismi, ma si vuole mettere in chiaro che il negazionismo è un fenomeno politico che «scavalca enormemente il diritto penale»⁽⁶³⁸⁾ e non ha niente a che vedere con il piano giudiziario. Anzi, in questo frangente ricorrere allo strumento penale si rivela più dannoso che utile, trattandosi di «una falsa soluzione che rischia di andare nella [stessa] direzione di quel male che si vuole in realtà combattere»⁽⁶³⁹⁾: le norme sul negazionismo si sovraespongono politicamente, alimentando vocazioni espansive e facendo proprie le stesse logiche dei regimi totalitari e illiberali che i negazionisti vogliono riabilitare e che servirono a soffocare il dissenso anti-totalitario. In altre parole, proteggere la democrazia mediante l'esclusione di chi la pensa diversamente si rivela essere l'esatta «trasposizione, nel quadro dell'ideologia democratico-liberale, della tecnica politico-legislativa della criminalizzazione delle parole, propria dei sistemi autoritari»⁽⁶⁴⁰⁾. Il risultato assomiglia ad un «cerchio infernale»⁽⁶⁴¹⁾, ad un processo che non ha più termine, per cui negazionismo e

⁶³⁶ Così si legge nell'editoriale de *La Civiltà Cattolica* 2007, *Le tesi storiche vanno fissate per legge?*, cit.

⁶³⁷ E. TRAVERSO, *Il passato: istruzioni per l'uso. Storia, memoria, politica*, cit., p. 89, il quale segnala il paradosso della fondazione negli Stati Uniti d'America di un museo federale dell'Olocausto, «dedicato a una tragedia consumata in Europa, quando nulla di paragonabile esiste per due esperienze fondatrici della storia americana: il genocidio degli indiani e la schiavitù dei neri. E mentre si inaugurava il museo dell'Olocausto, nel 1995, le Poste emettevano un francobollo che celebrava il bombardamento atomico di Hiroshima e Nagasaki come l'evento fausto che aveva messo fine alla seconda guerra mondiale».

⁶³⁸ E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, cit., p. 54.

⁶³⁹ E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, cit., p. 54.

⁶⁴⁰ F. LIENA, *Spetta allo Stato accertare la "verità storica"?*, cit., p. 3959.

⁶⁴¹ P.A. TAGUIEFF, *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, Milano 1999, a sua volta citato da E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., p. 1034. Per descrivere lo stesso fenomeno, F. LIENA, *Spetta allo Stato accertare la "verità storica"?*, cit., parla di «catene perpetue», con cui il legislatore vincola la libertà di manifestazione del pensiero, dimostrando scetticismo e scarsa fiducia nella capacità dei sistemi democratici di affermare autonomamente la verità.

antinegazionismo, nella loro infinita battaglia, si trovano coinvolti in una “crisi d'identità” (642) che li porta ad assomigliare l'uno all'altro. E a questo proposito valgono le stesse considerazioni svolte da André Taguieff per il razzismo. Il filosofo francese è del parere che, per vincere il razzismo e convincere i suoi sostenitori, non serva lottare contro il razzismo stesso, perché l'antirazzismo si sfinisce in questa eterna lotta. Occorre, invece, ritornare alla sola vera pedagogia, quella dell'esempio; si tratta di spezzare il cerchio e di vivere fuori da questo spazio di lotta (643). Così per il negazionismo, che andrebbe contrastato su di un piano più propriamente politico e di consapevolezza civile che non in chiave giuridico-penale.

In conclusione, si può affermare che l'eccezionale gravità del male temuto e l'enormità dei valori in gioco non giustificano il ricorso allo strumento penale (644), misura che il più delle volte si traduce in «una forma sia pure inconsapevole di giustizionalismo» (645), con cui i governi, mettendosi l'anima in pace, evitano di affrontare i temi difficili della tolleranza e di come riuscire a farla diventare realmente un valore condiviso e accettato.

5. La “via lunga” e le alternative alla repressione penale.

Si è detto che una società democratica ha in sé gli «anticorpi» necessari a contrastare il negazionismo senza dover ricorrere per forza alla «scure del diritto» (646). Ma quali sarebbero esattamente questi strumenti alternativi alla sanzione penale? Innanzitutto, ciò che non deve mancare è un dibattito sempre vivo e acceso: bisogna parlare dei genocidi passati,

⁶⁴² Nel trattare questa tematica, R. GIRARD, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, Milano 1983, parla più propriamente di «crisi mimetiche», riferendosi a vere e proprie esplosioni di violenza che deflagrano in determinati contesti sociali e che, a parere dell'Autore, andrebbero attribuite alla confusione dei ruoli e delle posizioni di certi attori sociali.

⁶⁴³ P.A. TAGUIEFF, *Il razzismo*, cit.

⁶⁴⁴ *Contra*, invece, A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XXVIII, il quale, citando a sua volta il giudice statunitense Learner Hand, ritiene che sarebbe proprio l'eccezionalità del male temuto a giustificare tutte le misure necessarie a prevenirlo, ivi compreso il ricorso allo strumento penale.

⁶⁴⁵ M. FLORES, *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, cit., p. 512.

⁶⁴⁶ Questa duplice metafora è di G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 304.

ricordarli, studiarli. Il confronto senza preclusioni è infatti «l'arma più disarmante» (647), che consente alla posizione più solida e documentata di farsi strada tra una miriade di ricostruzioni fallaci e inattendibili. Il dialogo, inoltre, possiede un valore morale di prevenzione dei crimini contro l'umanità che potrebbero accadere in futuro (648). Per riuscire in questo nobile intento, però, vi deve essere la possibilità di svolgere un reale lavoro educativo e di formazione, ricorrendo a mezzi intellettuali che consentano l'affermazione di una salda consapevolezza civile (649). La risposta, in altri termini, dovrebbe essere cercata nella «funzione *promozionale* del diritto, in *policies*, più che in *rules*» (650), e in particolare nell'istruzione, in campagne di sensibilizzazione pubblica, nella promozione di una cultura pluralistica e di accettazione delle minoranze (651). Un'ottima iniziativa in tal senso è stata l'istituzione del Giorno della Memoria, con cui il Parlamento italiano ha aderito alla proposta internazionale di scegliere il 27 gennaio – data in cui furono abbattuti i cancelli di Auschwitz – per commemorare le vittime dell'Olocausto e per ricordare tutti coloro che, mettendo a rischio la propria esistenza, hanno salvato e protetto i perseguitati (652). Altrettanto lodevole è stata la decisione di celebrare il Giorno del Ricordo, per non dimenticare i massacri delle foibe, avvenuti nel secondo dopoguerra ai danni delle popolazioni giuliano-dalmate (653). In occasione di queste ricorrenze, è

⁶⁴⁷ M. MALENA, *Il caso Irving*, cit., p. 118.

⁶⁴⁸ M. FLORES, *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, cit., p. 512.

⁶⁴⁹ E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., p. 1035; ID., *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, cit., p. 30.

⁶⁵⁰ G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 304.

⁶⁵¹ A tal proposito, però, A.B. YEHOSHUA, durante un recente incontro con gli studenti di alcune scuole superiori italiane, ha precisato che «la cultura, da sola, non basta a scongiurare l'orrore». «Prendete i tedeschi» – ha continuato lo studioso – «sono uno dei popoli più colti e raffinati della terra. Venivano da secoli di filosofia e musica. Eppure hanno generato il nazismo. (...) La cultura non basta a salvarci dal male» (26 gennaio 2012 – Mandela Forum di Firenze).

⁶⁵² In particolare, l'art. 1 della legge n. 211 del 20 luglio 2000 (Istituzione del "Giorno della Memoria" in ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico e dei deportati militari e politici italiani nei campi nazisti) prevede che una simile ricorrenza debba avere il fine ultimo di «ricordare la *Shoah*, le leggi razziali, la persecuzione italiana dei cittadini ebrei, gli italiani che hanno subito la deportazione, la prigionia, la morte, nonché coloro che, anche in campi e schieramenti diversi, si sono opposti al progetto di sterminio, ed a rischio della propria vita hanno salvato altre vite e protetto i perseguitati».

⁶⁵³ All'art. 1 della legge n. 92 del 30 marzo 2004 si legge che «la Repubblica riconosce il 10 febbraio quale "Giorno del Ricordo" al fine di conservare e rinnovare la memoria

previsto che le scuole di ogni ordine e grado, supportate da associazioni culturali e ricreative, organizzino cerimonie, iniziative, incontri e momenti comuni di narrazione dei fatti e di riflessione su quanto accaduto, rispettivamente, al popolo ebraico e agli abitanti dell'Istria, della Dalmazia e della città di Fiume (654), così da conservare nel futuro dell'Italia la memoria di quei tragici eventi, con l'auspicio che non si verificino mai più.

Tuttavia, c'è chi teme che, a lungo andare, queste celebrazioni possano diventare un mero rito consolatorio, un'abitudinaria e stanca rievocazione di un passato da condannare (655). A ben pensarci, infatti, entrambe le giornate si esauriscono in «un isolato momento in cui ricordare [quelle tragedie], per poi chiuderl[e] immediatamente nella teca dell'oblio»; le si percepiscono sempre più spesso come «una data tra tante», come «la sola testimonianza di un lampo che non aiuta a capire i sintomi del sorgere della tempesta», come un mero «obbligo a insegnare e ad ascoltare assolto pigramente da docenti e studenti» (656). E quel che è peggio è che discutere delle foibe o dell'Olocausto è diventato ormai una moda: si parla a vuoto di quanto accaduto, senza capirne realmente le cause; si pronunciano frasi belle ma sterili, che non contribuiscono a creare una salda ed informata consapevolezza civile. Il rischio, in sostanza, è quello di un'assuefazione al male e di una banalizzazione del male stesso che, fingendo di tutelare la memoria, finiscono invece per divorarla.

Alla luce di queste considerazioni, si è suggerito di ripensare interamente a queste giornate, infrangendone quella vana ritualità che le caratterizza e cercando nuovi modi di affermare il rifiuto della disumanità: «non

della tragedia degli italiani e di tutte le vittime delle foibe, dell'esodo dalle loro terre degli istriani, fiumani e dalmati nel secondo dopoguerra e della più complessa vicenda del confine orientale».

⁶⁵⁴ Le iniziative promosse in occasione della Giornata della Memoria sono le più varie e spaziano dall'arte, alla musica, al teatro, alla proiezione di film e alla lettura di libri sul tema della *Shoah* o sulla storia politica, religiosa, artistica e culturale del popolo ebraico. Nel Giorno del Ricordo, invece, si commemorano le vittime delle foibe, con l'obiettivo di promuovere la conoscenza e conservare la memoria di queste dolorose vicende della Storia d'Italia.

⁶⁵⁵ Sono di questo parere N. FIANO, L. SEGRE e P. TERRACINA, tre scrittori italiani di origine ebraica, deportati nei campi di concentramento nazisti e sopravvissuti all'Olocausto.

⁶⁵⁶ A. SCALABRIN, *Il rischio ritualità. Una giornata da ripensare*, in *Il Resto del Carlino*, 27 gennaio 2012, p. 32.

basterebbe più la buona volontà di pochi o la disponibilità rituale di altri, ma toccherebbe allo Stato dare il dovuto spazio alla memoria (a questa come ad altre) negli insegnamenti scolastici, garantendo la formazione degli insegnanti e gli strumenti per non dimenticare» ⁽⁶⁵⁷⁾.

⁶⁵⁷ Queste riflessioni si ritrovano nel libro di S. CONSENTI, *Il futuro della memoria*, Milano 2012, che contiene le testimonianze di alcuni deportati sopravvissuti allo sterminio nazista.

CONCLUSIONI

Giunti al termine della nostra ricerca, sarebbe presuntuoso affermare di aver risposto esaustivamente a tutti i quesiti sollevati da una tematica così complessa come quella dei reati di opinione. Tuttavia, crediamo di aver quantomeno fornito un vivace quadro del dibattito in corso, cogliendo molteplici spunti di riflessione e ricercando possibili soluzioni ai tanti problemi emersi.

Nel contempo, però, trattandosi di un tema che travalica enormemente il diritto penale per abbracciare ambiti più propriamente sociali, politici ed etico-morali, dobbiamo riconoscere che anche le soluzioni fornite tradiscono inevitabilmente le nostre personali convinzioni e rispecchiano una visione delle cose che – ben lo sappiamo – non può essere unanimemente condivisa. Fino a che si è potuto, ci siamo fatti guidare dai principi del diritto penale, preferendo ragionamenti oggettivi e di ordine squisitamente giuridico; tuttavia, quando l'indagine si è allontanata dai binari giuridico-penalistici e ha richiesto prese di posizione più soggettive, è emersa la nostra personale prospettiva, frutto di precisi condizionamenti politici e sociali.

In particolare, abbiamo preferito aderire al modello nordamericano della “democrazia tollerante”, convinti che la libertà sia la miglior arma contro i nemici della libertà. Democrazie come quella producono fisiologicamente una cultura del dissenso e la considerano un positivo arricchimento della loro dialettica ideologica e sociale, sulla base dell'imprescindibile presupposto che la verità ha più possibilità di emergere in un contesto di discussione aperta che non nell'ambito di un regime di censura. A nostro avviso, è proprio a sistemi come questi che l'Europa dovrebbe ispirarsi: non dobbiamo dimenticare i drammi che hanno minato le fondamenta delle nostre democrazie, ma non possiamo neppure continuare a farci condizionare da quegli eventi, ricorrendo a legislazioni “a difesa”

dell'ordinamento e vivendo nel terrore che simili episodi si verificino nuovamente. Così facendo, infatti, ci priviamo del bello della democrazia, che è soprattutto dibattito, confronto e scambio di *tutte* le opinioni, anche di quelle più odiose, e contribuiamo tacitamente all'instaurazione di una democrazia ovattata o di una falsa democrazia, che sacrifica le sue istanze fondamentali a tutela di valori astratti, inafferrabili e sovra-individuali, che in quanto tali non appartengono a nessuno di noi.

Del resto, come può definirsi democratico uno Stato che limita la libertà d'espressione con il mero intento di evitare la diffusione di opinioni politicamente scomode? O che, sull'onda di non meglio precisate emergenze sociali, bandisce certe manifestazioni del pensiero in quanto potenzialmente pericolose? La paura di perdere il potere, così come il timore di un sovvertimento o di un ritorno al passato non possono avere la meglio sui valori democratici proclamati dalla Costituzione. In ambito giuridico, infatti, non c'è spazio per l'emotività, giacché ogni decisione deve essere il prodotto razionale di un attento e puntuale bilanciamento di valori. Di conseguenza, la libertà di espressione potrà subire limitazioni solo laddove il suo esercizio comprometta effettivamente il godimento di altre libertà fondamentali.

Un'analisi più strettamente penalistica del fenomeno non ha fatto che confermare queste conclusioni: le manifestazioni recettive di un pensiero critico, consistenti in condotte meramente comunicative, che offendono sentimenti o valori morali sovra-individuali, non possono essere oggetto di incriminazione. Laddove lo fossero, infatti, si assisterebbe ad uno stravolgimento dei più elementari principi del diritto penale. Cosa che accade puntualmente nel nostro ordinamento, ogni volta in cui si perseguono penalmente le mere esternazioni di opinioni, siano esse di natura propagandistica, apologetica, vilipendiosa e così via.

In particolare, tornando alle singole fattispecie analizzate, si è visto che la sola propaganda rispettosa del principio di offensività sarebbe quella idonea a determinare la commissione di atti dannosi o concretamente pericolosi nei confronti di persone determinate o comunque determinabili in un certo ambito sociale e/o geografico. In questi termini, però, si finisce per equiparare erroneamente tra loro, in quanto ad effetti, la propaganda di *idee* e l'incitamento a commettere *azioni*: due condotte così diverse tra loro da non

ammettere commistioni, giacché mentre quest'ultima, richiedendo un cominciamento d'azione, può dirsi rispettosa dei principi di materialità e di offensività del fatto, la prima si esaurisce nella mera manifestazione di un convincimento personale che, non solo non può essere penalmente perseguita, ma dovrebbe essere addirittura costituzionalmente tutelata.

Le stesse considerazioni valgono anche per l'apologia: *solo* quella che per le sue modalità integri un comportamento idoneo a provocare la commissione di fatti delittuosi sarebbe compatibile con i principi di materialità ed offensività del fatto. Sennonché, scegliendo di incriminare unicamente l'apologia diretta ed idonea a provocare la commissione di delitti, si fornisce un'accezione di apologia distorta, pressoché analoga a quella di istigazione, confondendo nuovamente due piani che, invece, andrebbero tenuti separati: se il legislatore ha previsto due distinte ipotesi criminose, ognuna con un apposito *nomen iuris*, perché volerle assimilare tra loro ad ogni costo? Se si trattasse della medesima fattispecie, che senso avrebbe ribadirla?

Nell'un caso come nell'altro, l'immagine che balza agli occhi è quella di un interprete "pasticcione" che, convinto di risolvere un problema, non fa che suscitare altri: nell'apprezzabile tentativo di porre rimedio all'assenza di offensività, egli finisce per disattendere sia il principio di economicità, creando inutili doppioni di fattispecie già esistenti, sia quello di tassatività-determinatezza, includendo a forza, nel testo legislativo, requisiti che il legislatore aveva accuratamente omissi. Senza sottovalutare, peraltro, tutte le difficoltà connesse all'accertamento di tali requisiti: l'indagine sull'idoneità degli atti e quella sull'esistenza del pericolo concreto finiscono qui per sconfinare nell'universo delle c.d. discipline sociali, la cui inesattezza è risaputa. Nell'ambito dei reati di opinione, infatti, l'oggetto da analizzare non è un singolo fenomeno naturalistico, ma l'intera realtà socio-politica che, in quanto tale, non può essere studiata alla luce delle scienze esatte e fuoriesce dal terreno della causalità materiale, per approdare in quello della causalità psicologica, dove tutto può essere il contrario di tutto.

A fronte di queste considerazioni, siamo quindi dell'avviso che l'unica strada percorribile per risolvere il problema dei reati di opinione sia quella della loro abrogazione. Solo espungendoli dal sistema, si può sanare quel punto di frizione tra il vigente ordinamento penale e i precetti costituzionali che, a tutt'oggi, limita il pieno godimento del diritto di manifestazione del pensiero, specialmente in materia politica.

A salvarsi da questo intervento abrogativo sarebbe solo la fattispecie di istigazione che, a differenza degli altri delitti di provocazione, trova piena cittadinanza nel nostro ordinamento, in quanto “forma *attivizzante* del pensiero”. Essa, infatti, non si esaurisce in una semplice manifestazione di un’opinione, ma presuppone quel *principio* o *cominciamento d’azione* che, pur non sostanziandosi in un’azione completa, la rende comunque rispettosa dei principi di materialità e di necessaria lesività del fatto. Essa, ponendosi a metà strada tra il consentito e l’illecito, segna il momento di trasformazione della parola in azione e rappresenta un buon compromesso tra l’esigenza di garantire la libertà d’espressione da un lato e la necessità di proteggere altri beni meritevoli di tutela dall’altro. In buona sostanza, l’istigazione si salva dall’abrogazione in quanto *non* è un reato di opinione.

Ma per i reati di opinione in senso stretto non esistono alternative. Qualunque percorso argomentativo si voglia intraprendere, l’abrogazione degli stessi si ripresenta come l’unica soluzione compatibile con i principi del diritto penale e con i valori fondanti dello Stato democratico. Ciononostante, si è visto che la giurisprudenza continua a preferire una lettura statica – e in certi casi addirittura involutiva – delle norme, rimandando continuamente il problema e consentendo a norme come quelle sulla propaganda e sull’apologia di essere ancora utilizzate per reprimere il dissenso politico. La Corte costituzionale, l’unica che avrebbe avuto i mezzi e le possibilità per disfarsi completamente di simili reati storici, non se l’è mai del tutto sentita di procedere in tale direzione, come paralizzata da un immotivato *horror vacui* che da sempre le impedisce di tagliare i ponti con il passato. Quanto ai recenti interventi riformatori in materia di reati di opinione, che sembravano promettere la svolta tanto attesa, essi si sono rivelati deludenti e privi di una reale strategia di fondo. Tant’è che si è parlato di una riforma senz’anima e, addirittura, di una non-riforma. La spiegazione di questo atteggiamento profondamente conservatore è presto data: ancora oggi, si teme che le basi su cui poggia il nostro ordinamento possano essere fatte vacillare da chi esprime approvazione per un fatto criminoso o da chi si limita a manifestare apprezzamento per un’ideologia giudicata riprovevole. L’emotività continua ad avere la meglio sulla razionalità. Un’amara conclusione per uno Stato moderno che, illudendosi di garantire all’individuo la massima libertà d’espressione, si mostra invece come una democrazia indebolita, mai del tutto guarita dalle

ferite di un passato che, evidentemente, le ha lasciato in eredità troppi sensi di colpa.

Tuttavia, all'Italia va almeno riconosciuto il merito di non aver mai posseduto una legislazione penale antinegazionista. E questo, a nostro avviso, è già un importante passo in avanti verso il pieno riconoscimento della libertà d'espressione, che ci contraddistingue rispetto agli altri Paesi europei. La ferma opposizione degli storici all'introduzione della fattispecie di negazionismo, che sarebbe andata ad ingrossare le fila dei tanto contestati reati di opinione, ha contribuito a riaffermare un concetto che dovrebbe illuminare tutte le coscienze autenticamente democratiche, ossia che la necessità di tutelare la dignità umana dalle discriminazioni non basta a giustificare il ricorso indiscriminato allo strumento penale, via semplificatoria che talora può essere anche più violenta delle discriminazioni stesse. Se si vuole realmente sconfiggere il germe dell'odio razziale, etnico e religioso, la strada da preferire è quella, più lunga ma più appagante, delle politiche sociali ed educative, volte a promuovere il dibattito pubblico, l'uguaglianza tra diversi e la reciproca conoscenza tra gli individui. Solo in questo modo si consente alla parola "cattiva" di essere efficacemente ribattuta dalla parola "buona".

Del resto, la democrazia vive del dibattito, del confronto e dello scambio di *tutte* le opinioni, nessuna esclusa. E la parola può essere nel contempo veleno e antidoto; se la si impara ad usare correttamente, sfruttando a pieno tutte le sue potenzialità, essa può diventare "l'arma più disarmante", che consente alla posizione più solida e documentata di farsi strada tra una miriade di ricostruzioni fallaci e inattendibili. Decidere di ricorrere allo strumento penale, invece, significherebbe ammettere implicitamente di aver fallito in questo ambizioso progetto: non solo si frustrerebbe un dialogo che è il sale della democrazia, ma si rischierebbe di imporre un'idea dominante, reprimendo nel contempo ogni opinione ad essa contraria. Inoltre, la pena si ridurrebbe ad un simbolo, diventerebbe il portato di un'elaborazione di valori e di norme di coscienza, che finirebbe per confondere tra loro etica e diritto, quando invece ben sappiamo che la riprovevolezza e l'immoralità di un discorso non bastano a farne un fatto penalmente vietato.

BIBLIOGRAFIA

- M. ADAMO, *Foibe, quello che non si dice*, Milano 2009.
- F.M. AGNOLI, *Libertà di opinione e decisione quadro 2008/913/GAI*, in *www.21e33.it*, 1 gennaio 2009 (pubblicato dal gruppo di informazione e denuncia in difesa degli artt. 21 e 33 Cost.).
- F.M. AGNOLI, *La decisione quadro 913/2008 GAI e la libertà di espressione*, in C. MOFFA (a cura di), *La polizia del pensiero. Ricerca storica, insegnamento, libertà di opinione, internet: le frontiere del nuovo totalitarismo nell'Europa democratica*, Bologna 2009.
- M. AINIS, *Valore e disvalore della tolleranza*, in *Quaderni costituzionali* 1995, p. 425.
- T. AKCAM, *Nazionalismo turco e genocidio armeno*, Milano 2006.
- E. ALBAMONTE, *Apologia di fascismo a Milano*, in *Questione giust.* 2008, p. 192.
- L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano 2006.
- L. ALEXANDER, *Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense*, in *Constitutional Commentary* 1996, p. 73.
- E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura della fattispecie: aspetti problematici della normativa penale contro la discriminazione razziale*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 93.
- A. AMBROSI, *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste e xenofobe*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale*,

xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale, Padova 2006, p. 35.

A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni costituzionali* 2008, p. 519.

G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in *Democrazia e diritto* 1966, p. 485.

V. ANGIOLINI, *Manifestazione del pensiero e «libertà altrui»*, in *Giur. cost.* 1995, p. 4585.

F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983.

F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Sassari 1984.

H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano 1967.

A. ARSLAN, *La masseria delle allodole*, Milano 2004.

M. BANTON, *Race and relation*, Londra – New York 1967.

G. BARAZZETTA, sub *art. 414 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI – G. MARINUCCI, Milano 2006, p. 3012.

P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1964, p. 300.

P. BARILE, *Il “vilipendio” è da abolire*, in *Temì* 1969, p. 540.

P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano 1974, p. 431.

P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1975.

P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984.

P. BARILE – DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino 1969, p. 970.

- F. BARONCELLI, *Trent'anni dopo. Marcuse, la tolleranza repressiva e gli speech codes*, in *Ragione pratica* 1999, p. 31.
- S. BASILE, *Apologia di delitto*, in *Quale giustizia* 1970, n. 4, p. 87.
- T. BASTIAN, *Auschwitz e la "menzogna di Auschwitz" (Sterminio di massa e falsificazione della realtà)*, Torino 1995.
- M. BELLINA, *Dal "marocchino" allo "sporco negro": due contrastanti sentenze in tema di ingiuria e di discriminazione razziale*, in *www.personaedanno.it*, 20 maggio 2005.
- M. BELLINA, *Sostantivazione dell'aggettivo che riflette la provenienza etnica della persona e delitto di ingiuria: il caso del "marocchino"*, in *Cass. pen.* 2006, p. 60.
- F. BELLINI, *Brevi note sul delitto di istigazione*, in *Riv. pen.* 2008, p. 478.
- J. BENDA, *Le democrazie alla prova*, Roma 1945.
- M. BERRI, *In tema di libertà di opinione e dei reati di vilipendio della religione e di bestemmia*, in *Temì Romana* 1990, p. 1.
- S. BERLINGÒ, *Libertà di "religione" e "diritto" di vilipendio*, in *Il dir. eccles.* 1975, I, p. 201.
- M. BETTINI, *Il perdono storico. Dono, identità, memoria, oblio*, Bologna 2000.
- G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1965, p. 641 e in *Legge penale e libertà di pensiero (atti del III Convegno di diritto penale, Bressanone 1965)*, Padova 1966, p. 14.
- G. BETTIOL, *Il problema penale* [Palermo 1948], ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Padova 1980, p. 687.
- S. BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1973, II, p. 1070.

- J.M. BIJU-DUVAL, *“Hate Media” – Crimes Against Humanity and Genocide: Opportunities Missed by the International Criminal Tribunal for Rwanda*, in AA. VV., *The Media and the Rwanda Genocide*, a cura di A. THOMPSON, 2007, p. 349.
- L. BISSI, *Istigazione a disobbedire alle leggi ed ordine pubblico materiale*, in *Cass. pen.* 1993, p. 823.
- L. BISSI, *Sull’“ordine pubblico” di cui al delitto di istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Giust. pen.* 1995, p. 605.
- G. BIONDI, *È ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del disciolto partito fascista?*, in *Giur. merito* 2006, p. 2483.
- G. BIONDI, *L’associazione ex art. 270-bis c.p. e il requisito dell’idoneità a raggiungere lo scopo eversivo, con particolare riferimento ad un gruppo anarchico*, in *Giur. merito* 2008, p. 2905.
- G. BIONDI, *Brevi considerazioni sul reato di manifestazioni fasciste: può essere considerato un reato di opinione?*, in *Giur. merito* 2009, p. 735.
- N. BOBBIO, *Le ragioni della tolleranza*, in C. BONI (a cura di), *L’intolleranza: uguali e diversi della storia*, Bologna 1986, p. 243 e ss.
- G. BOGNETTI, *La libertà di espressione nella giurisprudenza nord-americana*, Milano 1958.
- G. BOGNETTI, *Apologia di delitto e principi costituzionali di libertà d’espressione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1960, p. 183.
- G. BOGNETTI, *Vilipendio del Governo e principi costituzionali di libertà*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1960, p. 959.
- G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell’art. 414 c.p., ultimo comma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1971, p. 18.

- G. BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.* 1974, p. 1433.
- L. BOLLINGER, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford – New York 1986.
- C. BON VALSASSINA, *Apologia di fascismo, divieto di riorganizzazione del partito fascista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Foro it.* 1957, I, p. 953.
- P. BONETTI, *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1994, p. 73.
- G. BORRELLI, sub *artt. 414 e 415 c.p.*, in G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. IX, Milano 2010, p. 12 e ss.
- G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino 2005, p. 101.
- L.D. BRANDEIS, *Concurring opinion*, in *Whitney v. California* 274 U.S. 357, 377.
- F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIX, Torino 1973, p. 87.
- F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in *Quest. crim.* 1975, p. 224.
- F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi Delitala*, I, Milano 1984, p. 99 e ss.
- P. BRIGNONE, *Osservazioni in tema di apologia di reato*, in *Cass. pen.* 1981, p. 358.
- W. BRUGGER, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law*, in *German Law Journal* 2002.

- G. BRUNELLI, *Considerazioni sul primo annullamento di un reato associativo*, in *Giur. cost.* 1985, I, p. 2665.
- B. BRUNETEAU, *Il secolo dei genocidi*, Bologna 2005.
- A. BURATTI, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei "miti fondatori" del regime democratico*, in *Giur. it.* 2005, p. 12.
- P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi alla Costituzione e ai suoi lavori*, in P. CALAMANDREI – A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze 1950, I, p. XXXV.
- A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *Indice pen.* 1977, p. 219.
- N. CAMPISI, *I reati di vilipendio*, Padova 1968, p. 118.
- S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. DOLCINI – C. E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, p. 148.
- R. CANOSA, *Le libertà in Italia*, Torino 1981.
- D. CAPOZZA – N.A. DE CARLO, *Metodi e ricerche per l'indagine psicologica di alcuni temi della società italiana*, Bologna 1975.
- A. CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Questione giust.* 1997, p. 476.
- L. CAPUTO, *Guerra Parigi-Ankara sulla Shoah armena*, in www.ilgiornale.it/esteri, 23 dicembre 2011.
- P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multiculturale*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova 2003, p. 111.
- F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, I, Milano 1943, p. 318.

- C. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in *Quaderni costituzionali* 2008, p. 635.
- M. CATTARUZZA, *La condanna del negazionismo limita la libertà di ricerca?*, in *www.ventunesimosecolo.org*.
- M. CATTARUZZA, *Storia della Shoah. La memoria del XX secolo*, vol. II, Torino 2006.
- B. CAVALIERI, *La posizione logico-sistematica dell'istigazione nel codice penale*, in *Arch. pen.* 1953, p. 301.
- M. CERASE, *Sull'apologia e i reati di pericolo la Cassazione fa un salto indietro*, in *Cass. pen.* 1993, p. 1715.
- M. CERASE, *La Corte di Karlsruhe alle prese con il revisionismo storico*, in *Cass. pen.* 1994, p. 2847.
- M. CERASE, *Atti del procedimento di revoca dell'immunità parlamentare europea dell'on. Jean-Marie Le Pen. Il revisionismo storico al vaglio del Parlamento europeo: Le Pen a giudizio*, in *Cass. pen.* 1999, p. 1666.
- L.D. CERQUA, *Istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico ed obiezione fiscale alle spese militari*, in *Giur. merito* 1985, p. 172.
- L.D. CERQUA, *Condotta apologetica ed idoneità concreta a provocare la commissione di delitti*, in *Giur. merito* 1987, p. 457.
- A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.* 1969, p. 1180.
- M. CERUTI, voce *Pensiero (libertà di)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino 1965, p. 865.
- Z. CHAFEE, *Free Speech in the United States*, Cambridge 1945.
- C. CHIOLA, voce *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma 1990.

- C. CIANNITTO, *Tra hate speech e hate crime: la giurisprudenza statunitense e il caso Ake Green*, in *Indice pen.* 2008, p. 743.
- D. CIMELLARO – G. BUFFONE, *I nuovi reati di opinione*, in *www.altalex.com*
- P. CIPOLLA, *Il nuovo diritto penale della religione alla luce dei lavori preparatori della l. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Giur. merito* 2009, p. 1753.
- C. CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 147.
- A. CLEMENTE, *Modifiche al c.p. in materia di reati di opinione a seguito della l. n. 85 del 2006*, in *Giur. merito* 2007, p. 26.
- G. COGNETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero in materia ecclesiastica e apologia di reato*, in *Il dir. eccles.* 1964, II, p. 276.
- G. COHEN-JONATHAN, *Négationnisme et droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. homme* 1997, p. 571.
- N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 2009, p. 594.
- E. COLLOTTI, *Storia delle due Germanie*, Torino 1968.
- G. CONSO, *La libertà di pensiero*, in *Arch. pen.* 1971, p. 174.
- G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna 1979.
- G. CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano 1980, p. 1060.
- S. CONSENTI, *Il futuro della memoria*, Milano 2012.
- E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano 1961.

- C. COSTANTINI, *Revisionismo*, in *Lezioni sul revisionismo storico*, Milano 1999.
- L. COZZOLINO, *Brevi osservazioni in materia di ordine pubblico*, in *Giur. cost.* 1990, p. 2425.
- V. CRISAFULLI, *Problematica della "libertà d'informazione"*, in *Il Politico* 1964, p. 287.
- V. CRISAFULLI, *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. cost.* 1965, p. 244.
- V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Scritti in onore di G.M. De Francesco*, vol. II, Milano 1965.
- V. CUCCIA, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Rassegna parlamentare* 2007, p. 857.
- R. DAHRENDORF, *Se l'Europa non difende le conquiste dell'Illuminismo*, in *La Repubblica*, 16 ottobre 2006, p. 18.
- F. DEAN, *Sui limiti penalistici della libertà di critica politica*, in *Legge penale e libertà di pensiero (atti del III Convegno di diritto penale, Bressanone 1965)*, Padova 1966, p. 324.
- J. DE LUCAS, *Razzismo e xenofobia: la risposta del diritto*, in *Ragion pratica* 1994, p. 96.
- R. DE FELICE, *Le norme contro il fascismo? Sono grottesche, aboliamole*, in *Corriere della Sera*, 27 dicembre 1987, p. 2.
- G.A. DE FRANCESCO, *Commento al d. l. 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 - Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Leg. pen.* 1994, p. 179.
- G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, in *Arch. pen.* 1976, II, p. 3.
- G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano 1988.

- G. DE VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino 1993, p. 292.
- G. DE VERO, voce *Ordine pubblico (Delitti contro l')*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino 1995, p. 72.
- V.D. DHARMAPALA – R. MCADAMS, *Words that Kill: an Economic Perspective on Hate Speech and Hate Crimes*, in *Illinois Law and Economic Working Papers Series*, Novembre 2001.
- A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1988.
- A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: “Eichmann di carta” e repressione penale*, in *Dir. pubblico comparato ed europeo* 2006, p. XIV.
- P. DI VICO, *Il delitto di apologia*, in *Annali di dir. e proc. pen.* 1936, V, p. 389 e ss.
- P. DI VICO, *Associazione, propaganda e apologia sovversiva o antinazionale*, in *Annali di dir e proc. pen.* 1939, p. 923.
- R. DELGADO, *Words that Wound: a Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, in *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 1982.
- G. DELITALA, *I limiti giuridici della libertà di stampa*, in *Iustitia* 1959, p. 383.
- G. DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano 1976, vol. II, p. 955.
- R. DOLCE, voce *Istigazione a delinquere*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, p. 995.
- M. DONINI, *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 2008, p. 1546.

- F.P. D'URBANO, *Brevi osservazioni sull'apologia di delitto*, in *Temi Romana* 1980, p. 859.
- C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958.
- C. ESPOSITO, *Osservazioni a Corte Cost.*, 6 dicembre 1958, n. 74, in *Giur. cost.* 1958, p. 958.
- C. ESPOSITO, *Misure antifasciste e Costituzione*, in *Giur. cost.* 1958, p. 958.
- J.P. FAYE, *Introduzione ai linguaggi totalitari*, Milano 1975.
- J.P. FAYE, *Tolleranza/Intolleranza*, in *Enc. Einaudi*, vol. XIV, Torino 1981, p. 312.
- V. FAZIO – C. VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, in *Politica del diritto* 1972, p. 533.
- J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. II. Offences to Others*, New York – Oxford, 1985.
- L. FERLA, *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, p. 1449.
- U. FERRANTE, *Istigazione a delinquere e manifestazione del pensiero costituzionalmente garantita*, in *Giur. merito* 1976, II, p. 59.
- U. FERRANTE, *In tema di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giur. merito* 1985, p. 1005.
- I. FERRARA, *Riflessioni in tema di offensività in concreto*, in *Giur. cost.* 2000, p. 3065.
- G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale* 1977, p. 173.
- G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come problema di politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1982, p. 73.

- G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, Milano 1984, p. 441.
- G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova 1984.
- G. FIANDACA, *Nota a Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985, Abate e altri*, in *Foro it.* 1986, II, c. 19.
- G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2006, p. 31.
- G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna 2007, p. 463.
- S. FIFI, *Nuovo orientamento giurisprudenziale per l'apologia di genocidio (nota a Ass. Milano, 14 novembre 2001, Cucullo)*, in *Dir. e proc. pen.* 2003, p. 1921.
- F. FINOCCHIARO, *Propaganda religiosa e vilipendio della religione cattolica (art. 402 c.p.)*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 1962, p. 493.
- C. FIORE, *Libertà d'espressione politica e reati d'opinione*, in *Politica del diritto* 1970, p. 490.
- C. FIORE, *Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, in *Arch. pen.* 1971, p. 15.
- C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova 1972.
- C. FIORE, voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano 1980, p. 1084.
- C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Indice pen.* 1994, p. 275.
- C. FIORE, *I reati di opinione*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 2002, vol. II, p. 16.

- E. FIORINO, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali (nota a Cass. pen., sez. I, 26 novembre 1997, Insabato)*, in *Cass. pen.* 1999, p. 984.
- F. FLEURY, *L'apologia del delitto nella legge positiva e i problemi di legittimità costituzionale*, in *Scuola positiva* 1966, p. 281.
- M. FLORES, *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, Bologna 2005.
- M. FLORES – F. GORI, *Gulag, il sistema dei lager in URSS*, Milano 1999.
- M. FLORES – S. LEVIS SULLAM – E. TRAVERSO, *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica – Manifesto di critica*, in *L'Unità*, 23 gennaio 2007; *La Stampa*, 20 gennaio 2007; *Il Corriere della Sera*, 26 gennaio 2007.
- S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano 1957, p. 55 e ss.
- G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale: "cifre nere" e funzione generalpreventiva della pena*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985, p. 53.
- E. FROMM, *Fuga dalla libertà*, Milano 1970, p. 240.
- E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dei diritti dell'uomo* 1997, p. 32.
- E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 1999, p. 1034.
- E. FRONZA, *Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" in tema di apologia*, in *Cass. pen.* 2003, p. 1013.
- E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica* 2008, p. 27.
- A. FROSSARD, *Le crime contre l'humanité*, Parigi 1987.

- A. GAJOTTI, *Istigazione e determinazione nella teoria del reato*, Genova 1948.
- E. GALLO, *Struttura delle fattispecie e loro sistemazione nell'ambito dei reati di pericolo*, in CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Lotta alla criminalità organizzata e politica. Legge Scelba, legge Reale, norme antimafia*, Roma 1978.
- E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna 1984.
- M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.* 1969, p. 8.
- A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova 2006, p. 135.
- A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti. Mai più il carcere, ma restano le multe*, in *Diritto e giustizia* 2006, p. 92.
- A. GAMBERINI – L. STORTONI, *La politica criminale della classe dominante: razionalità e ideologia*, in *La questione criminale* 1975, p. 126.
- R. GARAUDY, *I miti fondatori della politica israeliana*, Genova 1996.
- A. GARGANI, *Leggi fiscali e leggi di ordine pubblico nel quadro dell'art. 415 c.p.*, in *Cass. pen.* 1990, p. 1045.
- G. GAVAGNIN, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 199.
- O. GIANNI, *Foibe. Le stragi negate degli italiani della Venezia Giulia e dell'Istria*, Milano 2003.
- R. GIARDINA, *Il processo all'Olocausto*, in *Il Resto del Carlino*, 9 aprile 2011, p. 35.
- R. GIRARD, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, Milano 1983.

- L. GRANATA, *Istigazione a delinquere e reati a querela di parte*, in *Giust. pen.* 1953, II, p. 124.
- G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1986, p. 689.
- G. GRASSO, *Genocidio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino 1991, p. 399.
- L. GREEN, *Pornographizing, Subordinating and Silencing*, in R. POST, *Censorship and Silencing: Practices of Cultural Regulation*, Los Angeles 1998, p. 285.
- K. GREENAWALT, *Speech, Crime & the Uses of Language*, New York – Oxford 1989.
- G. GUARNERI, *Reati d'opinione e opinioni sui reati*, in *Giust. pen.* 1976, fascicolo speciale n. 12-bis in memoria di G. Sabatini, p. 72.
- P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat* (trad. it.), in *Diritto e verità*, Torino 2000.
- J. HABERMAS, *Una sorta di risarcimento danni (Le tendenze apologetiche della storiografia contemporanea tedesca)*, in G.E. RUSCONI (a cura di), *Germania: un passato che non passa*, Torino 1987, p. 11 e ss.
- F.S. HAIMAN, *Speech and Law in a Free Society*, Chicago 1981.
- R. HARWOOD, *Did Six Million Really Die?*, Brighton 1974.
- W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi* 2007, p. 62.
- E. HEINZE, *View point Absolutism and Hate Speech*, in *Modern Law Rev.* 2006, p. 543.
- C. HENDERSON, *Mera propaganda o arma di genocidio? Ruanda: il caso dei "media dell'odio" (parte I)*, in *Cass. pen.* 2009, f. 6, p. 2654.

- C. HENDERSON, *Mera propaganda o arma di genocidio? Ruanda: il caso dei "media dell'odio" (parte II)*, in *Cass. pen.* 2009, f. 9, p. 3617.
- U. HERBERT, *Nazismo e stalinismo: possibilità e limiti di un confronto*, in M. FLORES (a cura di), *Nazismo, fascismo, comunismo. Totalitarismi a confronto*, Milano 1998.
- D.L. HOGGAN, *The Myth of the Six Million*, Los Angeles 1969.
- O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano 1975, p. 98 e p. 130.
- T. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main, 2005.
- I. INGRAO, *Informazione e diffusione di idee razziste: il caso Jersild contro Danimarca*, in *Riv. int. dir. dell'uomo* 1994, p. 578.
- G. INSOLERA, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di CANESTRARI – GAMBERINI – INSOLERA – MAZZACUVA – SGUBBI – STORTONI – TAGLIARINI, Bologna 2006, p. 255.
- A.C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano 1961.
- A.C. JEMOLO, *Il diritto positivo e i diritti della coscienza*, in *Giur. it.* 1964, II, p. 91.
- A.C. JEMOLO, *Lo Stato può difendersi*, in *Giur. cost.* 1970, p. 1433.
- LA CIVILTÀ CATTOLICA – EDITORIALE, *Le tesi storiche vanno fissate per legge?*, in *La Civiltà Cattolica* 2007, III, p. 3.
- G. LA CUTE, *Apologia e istigazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. II, Roma 2007, p. 1.
- E. LAMARQUE, *Reati di opinione*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino 2006, p. 115.
- S. LARICCIA, *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale nella società italiana (nota a Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985, Abate*

- e altro; Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 1986, D'Amato e altro*), in *Giur. cost.* 1986, II, p. 86.
- C. LAVAGNA, *Interventi ablatori e principio di congruità*, in *Giur. it.* 1965, I, p. 11.
- C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto* 1967, p. 361.
- A. LIPTAK, *Justices Rule for Protesters at Military Funerals*, in *The New York Times*, 3 Marzo 2011, p. 1.
- F. LISENA, *Spetta allo Stato accertare la "verità storica"?*, in *Giur. cost.* 2009, p. 3959.
- G. LOMBARDI, *"Fedeltà qualificata" e limiti modali alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giur. cost.* 1966, p. 1220.
- G. LOMBARDI, *Lo Stato può difendersi, ma...non deve esagerare*, in *Giur. cost.* 1973, p. 87.
- K. LÜDERSSEN, *Strafrecht und "Dunkelziffer"*, Tubinga 1972.
- J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubblico comparato ed europeo* 2008, II, p. 4.
- C. MACCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European Journal of International Law* 2008, n. 4, p. 724.
- C.A. MACKINNON, *Soltanto parole*, Milano 1999.
- M. MALENA, *Il caso Irving: libertà di pensiero o mistificazione della realtà?*, in *Quad. cost.* 2006, p. 116.
- C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen e proc.* 2009, p. 645.

- V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.* 2007, p. 739.
- M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in P. RIDOLA – R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino 2001, p. 574.
- M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino 2005, p. 41.
- M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Scritti in onore di G. Ferrara*, Torino 2005, reperibile su www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- M. MANETTI, *Sub art. 21*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna – Roma 2006, p. 204.
- M. MANFREDI, voce *Tolleranza*, in *Enc. Einaudi*, vol. XV, Torino 1982, p. 687.
- A. MANNA, *L'influenza della legislazione d'emergenza sui diritti fondamentali del cittadino: aspetti penali sostanziali*, in *Arch. pen.* 1983, p. 641.
- A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino 1991, p. 146.
- A. MANNA, *Tutela penale della personalità*, Bologna 1993.
- M.J. MANNHEIMER, *The Fighting Words Doctrine*, in *Columbia Law Review* 1993, p. 1565.
- F. MANTOVANI, *Libertà della manifestazione del pensiero e libertà di stampa*, in *Arch. Giur.* 1961, p. 27.
- F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, in *Il Ponte* 1971, p. 206.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la persona*, Padova 2005, p. 201.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2010, p. 200 e ss.

- G. MANZI, *Si può dir male di tutto, tranne che delle vittime dell'Olocausto. La libertà d'espressione non giustifica il revisionismo*, in *Diritto e giustizia* 2003, p. 80.
- V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, Torino 1950, p. 151.
- V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di P. NUVOLONE – G. PISAPIA, vol. VI, Torino 1986, p. 157.
- G. MARCONI, *Apologia sovversiva, violenza scritta ed eversione ideologica*, in *Giur. mer.* 1979.
- G. MARCONI, *I delitti contro la personalità dello Stato*, Milano 1984.
- G. MARCONI, voce *Propaganda sovversiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano 1988, p. 147.
- M.A. MAROCCHI, *Foibe (s)conosciute*, Roma 2010.
- A. MASSARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuti e limiti della l. n. 85 del 2006*, in *Cass. pen.* 2006, p. 3857.
- M. MAZZIOTTI DE CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova 1985, p. 540.
- A. MEIKLEJOHN, *What Does the First Amendment Mean?*, in *The University of Chicago Law Review* 1953.
- A. MEIKLEJOHN, *The First Amendment is an Absolute*, in *The Supreme Court Review* 1961, p. 263.
- A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and its relation to self-government*, in *Political freedom: the constitutional powers of the people*, Oxford 1965.
- M. MELLINI, *A dir bene di Carlo Magno si andrà in galera*, in *Giustizia giusta*, 18 dicembre 2008.

- J.S. MILL, *On liberty* (1859), New York 1986.
- J.S. MILL, *Areopagitica*, trad it. di G. Giorello, Bari 1987.
- P. MILZA, *Europa estrema*, Roma 2003.
- S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli 1997.
- G. MOECH, *Divieto di manifestazioni fasciste e legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1958, p. 766.
- A. MONTAGNA, *Osservazioni a Cass. pen., sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581*, in *Cass. pen.* 2009, p. 2032.
- V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 2005, p. 651.
- C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova 1973.
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1991.
- R. NANIA, *La Corte Suprema, la libertà di espressione delle idee e il pubblico flag burning*, in *Giur. cost.* 1990, p. 1753.
- V. NAPOLEONI, *Horror vacui e false interpretazioni in tema di apologia di delitto*, in *Cass. pen.* 1981, p. 770.
- A. NAPPI, *Pubblicazione di documenti a scopo informativo ed istigazione a delinquere*, in *Giur. it.* 1981, II, p. 481.
- G. NENCIONI, *La legge Scelba, una barbara reliquia*, Roma 1973.
- E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, p. 204 e ss.
- D. NOCILLA, *Il diritto alla verità nell'età della globalizzazione (prime note)*, in *Teoria del diritto e dello Stato* 2004, p. 401.

- E. NOLTE, *Il passato che non vuole passare*, in G.E. RUSCONI (a cura di), *Germania: un passato che non passa*, Torino 1987.
- E. NOLTE, *Controversie*, Milano 1999.
- C. NORDIO, *Reati d'opinione: occasione persa. Una riforma senz'anima (liberale)*, in *Diritto e giustizia* 2006, n. 6, p. 8.
- D. NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Legislazione penale* 2006, p. 401.
- P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano 1953.
- P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in *Legge penale e libertà di pensiero (atti del III Convegno di diritto penale, Bressanone 1965)*, Padova 1966, p. 352.
- P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Milano 1971.
- P. NUVOLONE, *Il delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *Indice pen.* 1972, p. 310.
- P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova 1972.
- M.C. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma 2005.
- B. OLIVERO, *Apologia e istigazione (reati di)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Varese 1958, p. 621.
- E. ONDEI, *Libertà di pensiero e apologia di reato*, in *Giust. pen.* 1964, II, p. 402.
- F. ONIDA, *Intorno all'apologia di reato*, in *Foro it.* 1965, p. 5.
- S. ORTINO, *L'esperienza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, Milano 1966.

- A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur. "Filippo Serafini"* 1963, vol. CLXV, p. 113.
- A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano 1967.
- A. PACE, *Strumentalità del diritto di riunione e natura del preavviso nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1970, p. 1449.
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova 1992.
- T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen* 1982, p. 39.
- T. PADOVANI, *La tipicità inafferrabile*, in AA. VV., *Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Roma 1984, p. 169.
- T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto* 2006, p. 23.
- H.L. PACKER, *I limiti della sanzione penale*, Milano 1978.
- L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nov. dig. it.*, vol. XII, Torino 1964, p. 131.
- F. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir e proc pen.* 1976, p. 428.
- F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1998, p. 350 e ss.
- R. PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1968, p. 996.
- F. PANIZZO, *Quando la propaganda politica diviene propaganda razzista*, in *Cass. pen.* 2010, p. 2353.
- M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990.

- R. PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *Indice pen.* 2006, p. 697.
- V. PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli 1971, p. 152 e ss.
- A. PECORARO ALBANI, *In tema di eccitamento al dispregio delle istituzioni e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giur. cost.* 1966, p. 1217.
- C. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1975, p. 646.
- M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli 2000.
- M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen e processo* 2006, p. 959.
- P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.* 1973, p. 732.
- P. PETTA, *Il primo caso di applicazione della "Legge Scelba"*, in *Giur. cost.* 1974, p. 473.
- P. PETTA, *Le nuove norme per la repressione di attività eversive*, in *Giur. cost.* 1975, p. 2849.
- L. PICOTTI, *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del tribunale di Verona*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2005, p. 69.
- L. PICOTTI, *Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. merito* 2006, p. 1956.
- 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. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 117.

- G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto* 2008, p. 287.
- S. PINTON, *La rilevanza della memoria nella tutela internazionale dei diritti umani*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 23.
- P. PISA, *Qualche appunto sull'istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico*, in *Cass. pen.* 1982, p. 952.
- M. PISANI, *La "penetrazione" del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano. (Appendice di aggiornamento)*, in *Indice pen.* 1984, p. 434.
- M. PISANI, *L'apologia di genocidio in Cassazione*, in *Indice pen.* 1986, p. 149.
- M. PISANI, *Il genocidio nello statuto della Corte penale internazionale*, in *Riv. int. dir. uomo* 1998, p. 666.
- V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Milano 1998.
- P. PITTARO, *Principio di uguaglianza e tutela penale in tema di discriminazioni razziali ed etniche*, in *Rass. Arma Carabinieri* 2005, p. 27.
- A. PIZZORUSSO, *Tutela della libertà di manifestazione del pensiero e punizione dei reati commessi per esprimere un'opinione*, in *Foro it.* 1968, IV, p. 145.
- A. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova 2003, p. 663.
- A. PIZZORUSSO, *Libertà di pensiero. Opportunità e rischi*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma – Bari 2004, p. 63.

- V. PLUMITALLO, *Introduzione sui reati di opinione*, in *Iustitia* 1971, p. 297.
- V. PLUMITALLO, *Normativa sui reati di opinione*, in *Iustitia* 1972, p. 228.
- V. PLUMITALLO, *Reati d'opinione: riflessioni per una riforma*, in *Iustitia* 1973, p. 181.
- K. POPPER, *The open society and its enemies*, Londra 1966.
- K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Bologna 1972, p. 162.
- R.C. POST, *Constitutional Domains. Democracy, Community, Management*, Harvard University Press 1995.
- D. PULITANÒ, *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1969, p. 224.
- D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giustizia* 1970, p. 187.
- D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. 246.
- D. PULITANÒ, *Riforma dei reati d'opinione?*, in *Corriere giuridico* 2006, p. 745.
- D. PULITANÒ, *Sulla legittimità dei reati d'opinione nella proposta Mastella*, in *Quaderni costituzionali* 2007, p. 371.
- S. RAMAJOLI, *Il reato di istigazione a disobbedire alle leggi in rapporto all'astensione all'esercizio al voto*, in *Arch. pen.* 1968, p. 294 e ss.
- S. RAMAJOLI, *Offesa all'onore della persona e libera manifestazione del pensiero*, Milano 1966.
- M. RAMAT, *"Per amor della toga". Disciplina, costume e libertà del magistrato*, in *Democrazia e diritto* 1981, n. 5, p. 103.

- E. RENAN, *Che cos'è una Nazione?*, Roma 2004.
- A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova 1977, p. 127.
- G. RICCIO, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. VASSALLI, Milano 1986, p. 715.
- R. RICCIOTTI, *Le sanzioni contro il neofascismo*, in *Critica pen.* 1975, p. 212.
- R. RICCIOTTI, *Brevi considerazioni sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *Critica pen.* 1976, p. 93.
- P. RIDOLA, *Nuovi orientamenti della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di libertà di riunione*, in *Giur. cost.* 1979, p. 490.
- F. RINGELHEIM, *Le négationnisme contre la loi*, in *Rev. trim. dr. homme* 1997, p. 120.
- M. RIPOLI, *Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio*, in *Ragion pratica* 1999, p. 71.
- S. RODOTÀ, *Responsabilità morali o giuridiche?*, in G. DE LUTIS (a cura di), *Attacco allo Stato*, Roma 1982, p. 22.
- S. RODOTÀ, *Negazionisti in libertà. La libertà della menzogna*, in *La Repubblica*, 26 gennaio 2007.
- C.A. ROMANO – E. DELBARBA, *Settarismo e delittuosità*, in *Rass. it. crim.* 2002, p. 555.
- F. ROMANO, *Limiti normativi alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giur. merito* 1996, p. 611.
- M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 2007, p. 493.

- M. ROSCIGNI, *La libertà di esprimere dichiarazioni razziste e blasfeme nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. dell'uomo* 1998, p. 26.
- M. ROSENFELD, *Extremist Speech and the Paradox of Tolerance*, in *Harvard Law Review* 1987, p. 1457.
- M. ROSENFELD, *Just Interpretation: Law between Ethics and Politics*, Los Angeles 1998.
- M. ROSENFELD, *La filosofia della libertà di espressione in America*, in *Ragion pratica* 1999, p. 26.
- M. ROSENFELD, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, in *Cardozo Law School* 2001, Public Law Research Paper n. 41.
- P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo 1954.
- G. ROSSO, voce *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino 1965, p. 157.
- A. RUGGERI – A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992.
- G. SABATINI, *Dolo apologetico e manifestazione del pensiero*, in *Giust. pen.* 1964, II, p. 737.
- C. SALETTA, *Il caso Faurisson e il revisionismo olocaustico*, Genova 1998.
- F. SALOTTO, *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione (l. 13 ottobre 1975, n. 654; l. 24 febbraio 2006, n. 85)*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 167.
- A. SANTORO, *Il delitto di istigazione all'odio tra le classi sociali: illegittimo costituzionalmente*, in *Mass. giur. lav.* 1974, p. 598.

- L. SCAFFARDI, *Istigazione all'odio e società multiethnica: il Canada e l'Hate speech (art. 139 del Criminal code)*, in R. ROLLA (a cura di), *Eguali, ma diversi*, Milano 2006, p. 171.
- L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova 2009.
- A. SCALABRIN, *Il rischio ritualità. Una giornata da ripensare*, in *Il Resto del Carlino*, 27 gennaio 2012, p. 32.
- J.R. SEARLE, *Social Ontology and Free Speech*, in *Hedgehog R.* 2004, n. 6/3, p. 62.
- J. SÉMELIN, *Purificare e distruggere. Usi politici dei massacri e dei genocidi*, Torino 2007.
- J. SÉMELIN, *Pensare i crimini di massa. Un approccio socio-storico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, p. 767.
- P. SEMERARO, *Note sulla riforma del delitto di associazione sovversiva*, in *Cass. pen.* 2007, p. 4380.
- F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquire*, Cambridge 1982.
- F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna 1990, p. 11.
- S.H. SHRIFFIN, *Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America*, in *Cornell Law Review* 1994, p. 43.
- C. SILVA, *Il concetto di discriminazione razziale al vaglio della Corte di cassazione*, in *Indice pen.* 2009, p. 226.
- M. SINISCALCO, *La XII disposizione transitoria della Costituzione e il divieto di manifestazioni fasciste*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1959, p. 166.
- P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano 1983.

- P. SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstite tutela penale del fattore religioso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 2009, p. 621.
- V. SMEND, *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlino 1928, p. 44.
- A. SOLŽENICYN, *Arcipelago Gulag*, Milano 2001.
- M. SPASARI, *Fatto e reato nella dottrina del Codice e della Costituzione*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 1991, p. 1112.
- T. SPASARI, *La XII disposizione transitoria e il divieto di manifestazioni fasciste*, in *Riv. it. dir e proc. pen.* 1959, p. 166.
- G. SPAGNOLO, *Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1979, p. 318.
- A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, p. 689.
- I. SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in *Dir. comparato pubblico ed europeo* 2008, p. 1921.
- G.R. STONE, *Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, in *The University of Chicago Law Review* 1978, p. 81.
- L. STORTONI, *L'incostituzionalità dei reati di opinione: una questione liquidata?*, in *Foro it.* 1979, p. 898.
- L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica del dir.* 1994, p. 14.
- E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti tra teorie e "prassi"*, Torino 2008, p. 271 e ss.

- M. STUCCILLI, *Discriminazione e odio razziale: vizi e virtù dell'apparato penale preventivo e processuale*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 159.
- C.R. SUNSTEIN, *Free Speech Now*, in G.R. STONE – R.A. EPSTEIN – C.R. SUNSTEIN, *The Bill of Rights in the Modern Age*, Chicago 1992, p. 255.
- P.A. TAGUIEFF, *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, Milano 1999.
- G. TAMBURINO, *I reati associativi tra critiche astratte e debolezze concrete*, in *Il Ponte* 1983, p. 443.
- M. TARANTINO, *I c.d. «reati di opinione» ed il diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero*, in *Giust. pen.* 1970, p. 443.
- M.T. TRAPASSO, *Il ruolo fondamentale dei “coefficienti soggettivi” nelle fattispecie penali in materia di discriminazione razziale: il caso della circostanza aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale*, in *Cass. pen.* 2010, f. 11, p. 3833.
- L. STORTONI, *Gli ebrei e la Germania (Auschwitz e la “simbiosi ebraico-tedesca)*, Bologna 1994.
- L. STORTONI, *La singolarità storica di Auschwitz: problemi e derive di un dibattito*, in M. FLORES (a cura di), *Nazismo, fascismo, comunismo. Totalitarismi a confronto*, Milano 1998.
- L. STORTONI, *Comparare la Shoah: questioni aperte*, Torino 2006.
- L. STORTONI, *Il passato: istruzioni per l'uso. Storia, memoria, politica*, Verona 2006.
- L.H. TRIBE, *Neutral Principles and the Nazi March in Skokie*, in *Constitutional Choices*, Cambridge 1985, p. 219 e ss.
- M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, in *Ragion pratica* 1997, p. 189.

- C. TRUCCO, *Brevi note sui più recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1982, p. 735.
- G. UBERTIS, *Profili costituzionali e rapporti con altre norme penali della legge 20 giugno 1952, n. 645*, in *Riv. pen.* 1974, p. 506.
- G. URBANI, *Il dovere di coabitare*, in *La Stampa*, 10 ottobre 1975.
- O. VANNINI, *Manuale di diritto penale: parte speciale: i singoli delitti e le singole contravvenzioni*, Milano 1954, p. 134.
- G. VASSALLI, *Osservazioni a Corte Cost. 26 gennaio 1957, n. 1*, in *Giur. cost.* 1957, I, p. 1.
- G. VASSALLI, *Propaganda "sovversiva" e sentimento nazionale*, in *Giur. cost.* 1966, p. 1095.
- G.L. VERRINA, *Profili oggettivi e soggettivi del reato di istigazione a delinquere*, in *Giur. merito* 1976, II, p. 108.
- P. VIDAL-NAQUET, *Les assassins de la mémoire*, Parigi 1991.
- F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, p. 42.
- P.L. VIGNA, *Orientamenti giurisprudenziali vecchi e nuovi*, in CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Lotta alla criminalità organizzata e politica. Legge Scelba, legge Reale, norme antimafia*, Roma 1978.
- S. VINCIGUERRA, voce *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano 1967, p. 914.
- L. VIOLANTE, *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, p. 989.
- L. VIOLANTE, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, p. 1003.
- P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano 1979.

- C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.* 2006, p. 217.
- C. VISCONTI, *Le restrizioni penalistiche al discorso negazionista*, in *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino 2008.
- C. VISCONTI, *I delitti di istigazione, apologia e pubblica intimidazione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, vol. III, Torino 2008, p. 1027.
- C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà d'espressione*, lezione svolta il 17 gennaio 2009 nell'ambito del Dottorato di ricerca in diritto penale dell'Università di Messina e reperibile in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/17636.pdf>.
- M.C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, in *Giur. cost.* 1994, p. 3379.
- S. VOLTERRA, *Libertà di espressione ed "espressioni odiose" nella società pluralista. I casi degli USA e del Canada*, in *Studi parl. pol. cost.* 2001, n. 4, p. 68.
- P. WACHSMANN, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Ragion pratica* 1999, p. 57.
- H. WELZEL, *Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung*, in *Süddeutsche Juristenseitung* 1947, p. 400 e ss.
- S. WIESENTHAL, *Justice n'est pas vengeance*, Parigi 1989.
- M. WIEVIORKA, *Il razzismo*, Bari 1993.
- V. ZAGREBELSKY, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, parte speciale, vol. I, diretto da F. BRICOLA – V. ZAGREBELSKY, Torino 1984, p. 453.

- V. ZAGREBELSKY, *Storia e Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, Torino 1996, p. 35.
- V. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma – Bari 2008.
- A. ZAHAR, *The ICTR's "Media" Judgment and the Reinvention of Direct and Public Incitement to Commit Genocide*, in *Criminal Law Forum* 2005, vol. 16, p. 45.
- S. ZANCANI, *Razzismo e xenofobia tra diritto comunitario e diritto penale*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 35.
- G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Legge penale e libertà di pensiero (atti del III Convegno di diritto penale, Bressanone 1965)*, Padova 1966, p. 82 e 97 e in *Riv. it. dir. pen.* 1966, p. 1152 e ss.