Università degli Studi di Napoli Federico II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA
IN
"DIRITTO DELL'ECONOMIA"
XXXIV CICLO

TESI DI DOTTORATO IN
DIRITTO PENALE (IUS/17)

I reati di opinione nel sistema democratico-costituzionale. Modelli di tutela e profili di legittimità

Coordinatore:
Ch.mo Prof. Massimo Iovane

Tutor:
Ch.mo Prof. Vincenzo Maiello

Candidato:
Dott. Paolo Cirillo

Matr. DR 993357

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

INTRODUZIONE 6

CAPITOLO I

IL MODELLO AUTORITARIO DI REATI DI OPINIONE: UN *INSTRUMENTUM REGNI*

1. La punizione dell'opinione: un inquadramento sistematico 12

1.1. Le ragioni politico-criminali come base per una delimitazione della nozione di reato d'opinione 15

2. La genesi storica: il *crimen laesae maiestatis* dal diritto romano all'*ancien régime* 22

2.1. Il primo stabilizzarsi degli ordinamenti liberali: le codificazioni preunitarie e l'Editto albertino sulla stampa 25

3. L'assetto di tutela del regime fascista: il Codice Rocco 29

3.1. La personalità dello Stato e l'ordine pubblico come oggetto principale della tutela penale 33

3.2. La religione come oggetto strumentale della tutela penale 39

3.3. I tipi criminosi: istigazione, apologia, propaganda e vilipendio 41

3.3.1. Le fattispecie d'opinione nella teoria generale del reato: i rapporti con l'art. 115 c.p. 46

4. Il paradigma originario comune: il carattere autoritario di matrice pubblico-statuale 48

5. L'insuccesso (solo apparente) dei postulati teorici del liberalismo del Codice Zanardelli 50

6. Le critiche sollevate dalla dottrina penalistica: le opposte posizioni di Carrara e Pessina 53

7. Tra "costanti" e "variabili" del diritto penale 55

CAPITOLO II

I FONDAMENTI TEORICO-COSTITUZIONALI DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E DELLE SUE LIMITAZIONI PENALISTICHE

1. Il riconoscimento della libertà di espressione 59

1.1. L'art. 21 Cost.: la libertà di manifestazione del pensiero come «pietra angolare» della democrazia 62

2. Il fondamento interno del principio tra concezione individualistica e approccio funzionalistico 65

2.1. Il significato controintuitivo della libertà nel modello di democrazia aperta e il suo paradosso 73

3. La «portata» soggettiva e oggettiva della libertà di espressione 75

4. Il «peso» politico criminale della libertà di espressione: le sue limitazioni penalistiche e il ruolo del buon costume 80

4.1. Dalle teorie statiche dei limiti impliciti al dinamismo del ragionevole bilanciamento costituzionale 83

5. La crisi del sistema originario dei reati di opinione: l'art. 21 Cost. come «libertà minacciata dalle pene» 86

5.1. La posizione della Corte costituzionale: il ruolo salvifico del pericolo concreto implicito 88

5.2. I meriti e i limiti della riforma legislativa del 2006 91

5.3. La «fedeltà apparente» della giurisprudenza di legittimità (e di merito) 95

6. La tutela multilivello della libertà di espressione: la prospettiva internazionale (cenni) 100

6.1. La prospettiva convenzionale. La verifica della necessità in una società democratica delle limitazioni dell'art. 10 Cedu e la clausola dell'abuso del diritto 102

6.2. La prospettiva euro-unitaria 106

CAPITOLO III

IL SISTEMA DEI REATI DI OPINIONE NELL'ASSETTO DEMOCRATICO-COSTITUZIONALE: MODELLI A CONFRONTO

SEZIONE I

IL MODELLO PUBBLICO-STAUTALE DEI REATI DI OPINIONE: UNO STRUMENTO DI PRESIDIO ANTICIPATO DEGLI ASSETTI ISTITUZIONALI

1. PREAMBOLO. L'età postmoderna: la sovraesposizione mediatica dei pensieri non allineati nell'epoca dei nuovi strumenti di comunicazione..... 108

2. La matrice politica del discorso fascista tra incertezze giurisprudenziali e nuove istanze punitive 112

3. Il recupero dei reati di opinione politici nel diritto penale «di lotta» al terrorismo fondamentalista: il formante legislativo e sovranazionale 116

3.1 Il formante giurisprudenziale 118

4. L'esperienza spagnola: il *delito de enaltecimiento* del terrorismo come «fantasma del diritto penale democratico» e i tentativi di interpretazione costituzionalmente orientata 120

4.1 Il reato di *sedición* nel *procés catalán* tra «*rebelión en pequeño*» e reato d'opinione politico 127

SEZIONE II

IL MODELLO PERSONALISTICO DEI REATI DI OPINIONE: UNO STRUMENTO DI IMPLEMENTAZIONE DELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

5. La rilevanza penale dei discorsi d'odio: la costruzione dell'impalcatura repressiva e l'*input* sovranazionale..... 134

5.1 Il nuovo titolo dei delitti contro l'eguaglianza e la presa di posizione sul bene giuridico protetto: una discutibile progressione criminosa 137

5.2 La difficile selezione dei discorsi d'odio offensivi e il formante giurisprudenziale 140

5.3 Le nuove istanze di criminalizzazione: dalla tutela del razzismo biologico alla cen tralità del razzismo culturale 143

5.4 Le iniziative legislative sulla rilevanza penale dei discorsi di matrice omofobica 146

5.5 L'esperienza spagnola: l'art. 510 c.p. come archetipo dei *delitos de odio* (anche omofobico)..... 150

6. L'aggravante del negazionismo tra tutela della memoria-dignità e reato di opinione..... 153

6.1 L'esperienza spagnola: la posizione del *Tribunal Constitucional* sulla differenza tra negare e giustificare e la nuova fattispecie legislativa di negazionismo 157

7. L'incerta natura dei reati di opinione in materia di pedofilia o pedopornografia 162

CAPITOLO IV

LA LEGITTIMITÀ (GENERALE) DEI REATI DI OPINIONE TRA DEMOCRAZIA E PRINCIPI PENALISTICI

1. Dalla distinzione dei modelli di reato di opinione all'esame comune della loro legittimità..... 164

2. La punizione dell'opinione alla prova della libertà di espressione: il ruolo sistematico dell'art. 21 Cost. 167
2.1. La libertà di espressione come criterio delimitativo della tipicità offensiva: il modello tradizionale 168
2.2. La libertà di espressione come causa di giustificazione *ex* art. 51 c.p.: una dimensione inedita ma possibile 171
2.2.1 L'efficacia scriminante nel (diverso) terreno dei reati contro l'onore e la reputazione (cenni) 175
3. La punizione dell'opinione alla prova dei principi fondamentali del diritto penale 179
4. La prospettiva tradizionale tra materialità e offensività: l'*an* della punizione 180
4.1. La difficile individuazione dei confini dei beni giuridici protetti: quale ruolo per la dignità? 183
4.2. La *probatio diabolica* del giudizio prognostico-psichico del pericolo concreto implicito: un «abisso che solo la fantasia può misurare» 190
5. Le ultime frontiere: il *quomodo* ed il *quantum* della punizione 194
6. L'indeterminatezza congenita e l'imprevedibilità dei precetti: i risvolti processuali 194
7. La proporzionalità della pena detentiva per le limitazioni penalistiche della libera espressione: l'*input* convenzionale e i casi limite 199
7.1. La valorizzazione della logica rieducativa e il ripudio di sanzioni de-socializzanti: il contatto con la dimensione socioculturale avversata 202
7.2. I rapporti con la soluzione in tema di ingiuria (cenni) 205
7.3. Le nuove prospettive della legge n. 134/2021 (c.d. Cartabia) 207
8. L'*extrema ratio* del diritto penale tra razionalizzazione dei reati di opinione, ripudio del simbolismo penale e politiche multidisciplinari 210
9. Il rischio del *chilling effect* delle espressioni legittime dei pensieri scomodi 215
CONCLUSIONI 219
BIBLIOGRAFIA 223

INTRODUZIONE

La presente ricerca si propone di indagare la materia – scivolosa – dei reati di opinione nel sistema democratico-costituzionale moderno, in relazione ai diversi assetti di tutela che da tali delitti possono scaturire.

Può sembrare una contraddizione occuparsi del rapporto tra parola e delitto in un contesto, come quello attuale, dominato dalle libertà e dall'autonomia politica individuale, dall'apertura e dal pluralismo.

Eppure, molte limitazioni penalistiche alla libera espressione continuano a caratterizzare le fattispecie codicistiche; di altre, invece, se ne prospetta, ciclicamente e con dibattiti ogni volta accesissimi, l'introduzione.

D'altro canto, la giurisprudenza recente che si è trovata a dare applicazione ai reati di opinione, al cospetto dei nuovi circuiti comunicativi inaugurati dalla rivoluzione tecnologica, non è riuscita a dare una risposta rassicurante alla questione, in questo supportata dalle indicazioni non troppo decise fornite dalla Corte costituzionale.

Sullo sfondo si attesta l'indignazione dell'opinione pubblica che, a fronte di fenomeni gravi e allarmanti, cerca conforto nella giustizia penale, anche rispetto a condotte che, per quanto offensive, sgradevoli e urticanti perché connesse alle pericolose minacce della società, presentano una natura essenzialmente espressiva.

Reati che dovrebbero tutelare l'iscrizione di fondamentali diritti nel patto fondante e che, però, per il loro carattere invasivo, rischiano di indebolire il medesimo patto dal lato di altri diritti fondamentali, primo fra tutti la libertà di manifestazione del pensiero.

Letto in questa prospettiva, il tema porta a interrogarsi sugli ambiti legittimi di estensione della sfera penale, investendo le scelte politiche relative al "che cosa", così come al "perché" e "come" punire nell'ambito della vita civile e sociale di un ordinamento di ispirazione liberale.

Punti di partenza – questi – che indicano un paradosso pressante, ma che sono lontani dal fornire strade sicure per risolverlo.

Nel corso del lavoro si cercherà, quindi, di approfondire questa aporia. Partendo dall'indagine sulle ragioni politico-criminali sottese alla punizione delle opinioni e sulle esigenze – effettive o solo presunte – di tutela da soddisfare, si proveranno a declinare i molteplici bilanciamenti che interessano la materia nell'assetto democratico e digitale contemporaneo, per comprendere se le differenze che li caratterizzano possono incidere sulla legittimazione all'incriminazione dell'opinione e, nel caso di risposta affermativa, con che limiti ciò possa avvenire.

Come si vedrà, si tratta di un dilemma – antico e sempre nuovo – in grado di segnare «lo stato di salute» delle moderne democrazie costituzionali[1] e, allo stesso tempo, di provare la tenuta dei principi

[1] VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008.

fondamentali che informano il diritto penale ad orientamento costituzionale. Due nodi complessi che, in fondo, sono strettamente connessi l'uno con l'altro, se è vero che il livello di garanzie apprestate alle restrizioni penali della libertà personale indica il grado di democraticità di un ordinamento e che l'individuazione del momento a partire dal quale una condotta è penalmente rilevante descrive, più d'ogni altra cosa, il modello di diritto penale che uno Stato accoglie.
In questo senso, l'assetto di tutela che scaturisce dai reati di opinione costituisce una formidabile cartina di tornasole attraverso cui osservare il rapporto tra autorità statuale e libertà individuali.

Occorre precisare che la categoria in esame è ampia ed eterogenea. Per questa ragione, i primi paragrafi del lavoro sono dedicati ad una sua delimitazione, nella consapevolezza che non ne esiste una classificazione unica.
Il criterio utilizzato per l'*actio finium regundorum* – valida ai fini della presente ricerca – ridimensiona il dato meramente letterale-descrittivo che finirebbe per coinvolgere molteplici figure che, pur essendo simili perché caratterizzate dall'uso della parola come modalità della condotta, nulla hanno a che vedere con il senso dei reati di opinione (si pensi al discorso direttamente diffamatorio lesivo dell'altrui onore).
Si valorizza, piuttosto, la *ratio* politico criminale che presiede la scelta punitiva, registrando la sensibile anticipazione della tutela che, tramite la struttura legislativa del pericolo astratto, svela il nucleo centrale dei reati di opinione: la tensione con la libertà di pensiero. L'oggetto dell'incriminazione consiste in mere condotte espressive rivolte *ad incertam personam* (apologia, istigazione, propaganda o vilipendio), collocandosi in una fase dell'*iter criminis* particolarmente remota e solo preparatoria rispetto all'offesa diretta al bene giuridico finale che – pubblico o personale che sia – si caratterizza per la dimensione tendenzialmente immateriale.
Il lavoro prosegue con la presa d'atto che lo studio del sistema attuale dei reati di opinione non può prescindere da un approfondimento in chiave storica. Se è vero che la comprensione di qualsiasi istituto giuridico richiede all'interprete la conoscenza delle cause che ne sono alla base e delle evoluzioni che quel fenomeno ha subito, ciò vale a maggior ragione per un tema così controverso ideologicamente. I connotati dei reati di opinione, strettamente connessi ai delitti politici, dipendano, infatti, in massima parte dalla forma di stato e dalle ideologie dominanti.
Si tratta di un'operazione ermeneutica imprescindibile non solo per una più consapevole analisi *de jure condito* della categoria, ma soprattutto per prospettare, *de jure condendo*, una possibile "soluzione" al contrasto tra la protezione di beni di particolare rango e le libertà individuali.
A questa analisi storica è dedicata la maggior parte del primo capitolo, in cui si vuole dimostrare come le origini antichissime della punizione dell'opinione abbiano forgiato l'essenza stessa della categoria.
Il paradigma onnivoro del *crimen laesae maiestatis*, risalente al lontano diritto romano, costituisce il fondamento del primo – e forse principale – modello di tutela apprestato dai reati di opinione. Un modello che nel lavoro viene definito di tipo pubblico-statuale e di matrice autoritaria, in cui tali fattispecie sono

un vero e proprio *instrumentum regni*, utilizzato in chiave prodromica al fine di preservare in modo anticipato le istituzioni politiche e sociali da «temute aggressioni»[2].

È evidente che tale dimensione trova la sua massima espressione negli anni del fascismo fino alla promulgazione del vigente Codice del 1930 in cui la repressione dell'opinione, declinata nelle forme del controllo del dissenso, incontra nello Stato-persona e nel suo ordine pubblico la tutela prevalente e nella religione quella strumentale.

A ben vedere, però, questo paradigma non è estraneo neppure alle codificazioni liberali (né a quelle preunitarie né tantomeno al codice Zanardelli), come suggeriscono le reazioni al tema di Carrara e Pessina.

Ma vi è di più. È proprio nell'epoca liberale, in cui alla conquista convinta della libertà di pensiero si accompagna l'esigenza di conservazione delle basi delle società, che viene inaugurato il "problema dei reati di opinione".

Ecco che la configurazione di tali delitti contribuisce a spiegare che il legame del codice Rocco con la normativa precedente non va letto in chiave di rottura di una continuità, ma al più come forma di «sublimazione autoritaria» del sistema penale liberale[3].

L'entrata in vigore della Costituzione e la solenne proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero – riconosciuta in tempi più recenti anche a livello euro-unitario e convenzionale – ha segnato un momento di caratteristica rottura della prospettiva autoritaria.

All'esame di tale fondamentale garanzia, dalla quale nessuna riflessione sui reati di opinione può prescindere, è dedicato il secondo capitolo, essendo evidente che quanto più essa è ampia e penetrante, tanto meno spazio lascia alla configurabilità di divieti.

Dopo l'analisi della genesi della libertà, si cercherà di coglierne il senso profondamente controintuitivo nel nostro modello di democrazia aperta, indagandone l'ambito di applicazione (c.d. «portata») e la relativa tutela apprestata nel rapporto con altri principi fondamentali (c.d. «peso» politico-criminale).

Individuato nel ragionevole bilanciamento costituzionale il metodo più appropriato per apporne limiti penalistici, il prosieguo della trattazione metterà in evidenza la fisiologica tensione tra declinazioni genuinamente individualistiche e impostazioni che più risentono di esigenze legate alla tutela del sistema democratico nel suo complesso.

Così, si descriverà l'esigenza di rendere compatibile con i nuovi principi l'assetto punitivo originario dei reati di opinione, per lo più identificati nel delitto strettamente politico.

Si darà conto, quindi, della soluzione compromissoria inaugurata a partire dagli anni Settanta dalla Corte costituzionale che, per mezzo di sentenze manipolative, salva dall'illegittimità molte delle fattispecie d'opinione, previa verifica giudiziale della loro offensività in concreto.

[2] PESSINA, *Elementi di diritto penale*, III, Napoli, 1885.
[3] DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero,* Milano, 1988.

Si ricostruirà, poi, l'intervento del legislatore, sottolineandone la condivisibilità dell'ispirazione di fondo ma la contraddittorietà e l'insoddisfazione degli esiti.

Ci si soffermerà anche sull'atteggiamento della giurisprudenza di merito e di legittimità, non senza mettere in chiaro problematicità e limiti di un orientamento – per la verità già emerso in passato ma riproposto dalla sovraesposizione mediatica a cui il pensiero non allineato è sottoposto – di fedeltà solo apparente ai *dicta* costituzionali.

La persistente presenza di reati di opinione apparirà – nel terzo capitolo – in forma di enucleazione di due modelli di tutela a cui l'anticipazione dell'intervento penale ai margini della mera manifestazione del pensiero può essere ricondotta nell'attuale sistema democratico.

Da un lato, resiste – emancipato dai tratti più marcatamente autoritari – un primo schema di tutela pubblico statuale, in cui tali fattispecie rilevano quale strumento di presidio anticipato degli assetti istituzionali nella direzione dello Stato. Tale recupero si registra, particolarmente, con riguardo alle fattispecie di istigazione e apologia, utilizzate nella «lotta» al terrorismo internazionale, e alla propaganda fascista. Al cospetto di tali fenomeni, la contrapposizione "verticale" tra individuo e autorità, letta nella sua dimensione costituzionale, porta a limitazioni della libera espressione in favore della protezione della sicurezza collettiva.

Dall'altro lato, si instaura un secondo modello di tutela di matrice personalistica che utilizza, invece, la categoria dei reati di opinione come inedito strumento per implementare i diritti fondamentali della persona umana, valorizzati dall'art. 2 Cost. nell'ottica della dignità.

Il fulcro di questo settore, in cui si scontrano orizzontalmente gruppi di individui della medesima società democratica, è espresso dai c.d. discorsi d'odio e dal negazionismo, a cui l'art. 604 *bis* c.p. appresta la relativa protezione penale.

Sullo sfondo di entrambi gli schemi di reato di opinione resta la consapevolezza della difficoltà dei bilanciamenti ad essi sottesi. Di modo che, come si dimostrerà, l'equilibrio di volta in volta raggiunto è intriso di una forte «entropia ermeneutica»[4], connessa alle peculiarità del caso specifico e profondamente influenzata dai mutamenti delle condizioni politiche e dall'avvento dell'uso del mezzo *Internet*.

Nel quarto capitolo la fisiologica distanza delle due forme di tutela in ordine al tipo di bilanciamento effettuato ed alla natura dei contro-interessi verrà ridotta dall'individuazione di alcuni dati comuni innegabili: la struttura anticipata dell'incriminazione e la peculiare dimensione immateriale e poderosa dei beni giuridici protetti, da cui derivano problemi applicativi in buona parte sovrapponibili.

Tale rilievo costituirà la premessa per indagare i profili di legittimità della materia generale dei reati di opinione.

L'approccio che si seguirà non è quello di un rifiuto *tout court* della categoria. Piuttosto, la consapevolezza della centralità, in un ordinamento democratico, non solo della libertà di espressione ma anche dei contro-

[4] MAIELLO, *Il cantiere sempre aperto del concorso esterno*, in *Sist. pen.*, febbraio 2021.

interessi che la fronteggiano porta a individuare i limiti della discrezionalità parlamentare nella punizione delle opinioni, così da ricondurre quest'ultima nei binari costituzionali.
I principali nodi gordiani da sciogliere riguarderanno, da un lato, la violazione dell'art. 21 Cost. e dunque di un principio cardine del sistema democratico e, dall'altro, la tensione con i capisaldi del diritto penale costituzionalmente orientato (materialità, offensività, legalità/determinatezza, frammentarietà, solo per dirne alcuni).
Si badi. L'approccio unitario e trasversale nel ripensamento della materia non significa sottovalutare gli aspetti peculiari corrispondenti a ciascuno schema punitivo individuato che – come si dirà – si riflettono soprattutto sulla relativa e distinta *ratio* politico criminale.
È innegabile, infatti, che la composizione del bilanciamento sia oltremodo delicata con riferimento ai reati di opinione di matrice politica. E non senza ragione: è rispetto alla tutela degli interessi dello Stato che l'anticipazione dell'intervento penale per la mera contestazione verbale dell'ordine costituito appare più problematica.

Prima dell'inizio della trattazione è necessaria una ulteriore e preliminare precisazione.
Nell'ambito del lavoro sono inseriti riferimenti – sparsi – all'ordinamento spagnolo. Si tratta di suggestioni che accompagnano la stesura della ricerca, arricchendola di indicazioni particolarmente interessanti e stimolanti.
Gli spunti derivano, *in primis*, dalla struttura decisamente democratica che caratterizza in generale il diritto penale spagnolo, riflessa nella costruzione secondo il criterio di progressione ascendente dei beni giuridici propria del giovanissimo *Código penal* del 1995.
L'esperienza spagnola rappresenta, quindi, ai fini del presente lavoro, una importante testimonianza di come l'assetto degli interessi in gioco – intriso di valutazioni politico criminali cangianti e mutevoli – possa essere declinato in un sistema penale costruito – già legislativamente – sulla preminenza della persona umana.
Del resto, tale peculiare configurazione ha ricadute specifiche anche nel nostro campo di indagine. Basti pensare che la rilevanza penale dell'apologia e dell'istigazione, a differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano attuale e analogamente a quanto prevedeva il liberale codice Zanardelli, è affidata ad una disciplina dalla vocazione particolarmente restrittiva fissata nella parte generale del Codice penale.
Epperò, si vedrà come, in ogni caso, anche in questo sistema sia particolarmente sentita l'aporia della punizione di condotte ai margini della libera espressione.
È presente, innanzitutto, una regolamentazione dei discorsi d'odio che coinvolge anche la motivazione discriminatoria legata all'orientamento sessuale, in tal modo spingendo la riflessione sulla problematicità dell'opportunità politico criminale di una scelta di tutela che nel nostro sistema è, invece, ampiamente dibattuta.

Non è estrano all'ordinamento spagnolo neppure il recupero di un modello pubblico-statuale di reati di opinione, quali strumenti dal sapore autoritario di presidio anticipato degli assetti istituzionali. Una sua chiara esemplificazione, ancora una volta, si ravvisa nella materia antiterrorismo, con riguardo al delitto di *enaltecimiento* che, per l'anticipazione della tutela penale che comporta, è definito «fantasma del diritto penale democratico»[5].

Tale logica si può celare anche dietro l'applicazione giudiziale di fattispecie che, costruite come clausole di chiusura di tutto l'ordinamento costituzionale democratico, rischiano di interferire irrimediabilmente con la protezione dell'uso legittimo degli spazi e dei discorsi pubblici: è il caso del delitto di *sedición* e del processo ai separatisti catalani.

Spunti interessanti e problematici derivano anche dall'analisi delle sentenze che il *Tribunal Constitucional* ha emesso, anche di recente, sulla materia e che riflettono le difficoltà ermeneutiche che i reati di opinione presentano rispetto alle norme costituzionali di tutti gli ordinamenti giuridici democratico-costituzionali.

[5] VIVES ANTÒN, *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*, *in Estudios Penales y Criminológicos*, XXV, 2005, 399.

CAPITOLO I

IL MODELLO AUTORITARIO DI REATI DI OPINIONE: UN *INSTRUMENTUM REGNI*

SOMMARIO

1. La punizione dell'opinione: un inquadramento sistematico. – 1.1. *Le ragioni politico-criminali come base per una delimitazione della nozione di reato d'opinione*. – **2.** La genesi storica: il *crimen laesae maiestatis* dal diritto romano all'*ancien régime*. – 2.1. *Il primo stabilizzarsi degli ordinamenti liberali: le codificazioni preunitarie e l'Editto albertino sulla stampa.* – **3.** L'assetto di tutela del regime fascista: il Codice Rocco. – 3.1. *La personalità dello Stato e l'ordine pubblico come oggetto principale della tutela penale*. – 3.2. *La religione come oggetto strumentale della tutela penale*. – 3.3. *I tipi criminosi: istigazione, apologia, propaganda e vilipendio*. – 3.3.1. *Le fattispecie d'opinione nella teoria generale del reato: i rapporti con l'art. 115 c.p.* – **4.** Il paradigma originario comune: il carattere autoritario di matrice pubblico-statuale. – **5.** L'insuccesso (solo apparente) dei postulati teorici del liberalismo del Codice Zanardelli. – **6.** Le critiche sollevate dalla dottrina penalistica: le opposte posizioni di Carrara e Pessina. – **7.** Tra costanti e variabili del diritto penale.

1. La punizione dell'opinione: un inquadramento sistematico

I reati di opinione rappresentano una categoria ampia ed eterogenea, da lungo tempo oggetto di numerosi – e assai complessi – tentativi di ricostruzione sistematica da parte degli interpreti.

Stabilire cosa sia, propriamente, un reato di opinione è operazione ardua e foriera di esegesi differenti a seconda della sensibilità individuale e del contesto sociopolitico di riferimento[6]. Tanto è vero che il tema viene sovente annoverato tra quelli connotati da un alto tasso di «problematicità teorica», prima ancora che pratica[7].

Da tale presupposto è necessario prendere le mosse, per procedere all'esatta individuazione del significato entro cui la categoria dei reati di opinione viene intesa ai fini del presente lavoro, giustificando le ragioni dell'*actio finium regundorum*.

[6] Le difficoltà ricostruttive della categoria e la sua profonda connessione con la realtà sociopolitica di riferimento sono messe in luce da tutti gli Autori che si sono occupati della materia: da C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 11 ss., 143 ss. e *passim* ai più recenti lavori di L. ALESANI, *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008 e, da ultimo, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano, 2020.

[7] L'espressione è di A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di un diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Milano, 1988, 6 ss. L'Autore riconosce al tema una elevata problematicità teorica («non apparendo certo di solare evidenza la compatibilità con le solenni dichiarazioni costituzionali sul diritto di esprimere ogni opinione di norme penali che reprimono condotte in prima approssimazione riconducibili alla sfera intellettuale dell'individuo»), ma una incidenza non centrale per la dinamica reale dei regimi di democrazia liberale.

L'obiettivo preliminare, dunque, è riconoscere le caratteristiche di genere della classe dei crimini in questione, considerata nel suo complesso, per poi declinarle nelle specificità delle singole figure incriminatrici in essa rientranti.

Sotto il profilo descrittivo, con una certa dose di approssimazione, si tratta di ipotesi nelle quali il fatto punito si esaurisce nella sola manifestazione di un pensiero; rispetto alle quali – dunque - è pensabile una potenziale conflittualità con la libertà di espressione garantita dalla totalità degli ordinamenti democratici contemporanei[8].

L'assunto, pressoché pacifico in dottrina e in giurisprudenza, si desume dalla formulazione letterale della categoria.

Non è mancato chi ha notato che la locuzione, se declinata in senso stretto, possa condurre finanche ad equivoci[9]. Il termine "opinione", infatti, sembra fare riferimento ai soli reati che consistono in meri atti di pensiero che, riconducibili alla sfera intellettuale dell'individuo, si porrebbero in palese contrasto con il principio *cogitationis poenam nemo patitur* che informa il sistema penale.

La denominazione, ancorché entrata nel linguaggio comune, sarebbe, allora, impropria, non potendosi negare l'esistenza di una condotta esterna sotto forma di espressione di un certo contenuto di pensiero[10]. Sarebbe più corretto, nonché maggiormente aderente alle modalità esecutive del comportamento, discorrere di "reati di espressione"[11].

La precisazione terminologica, ad ogni buon conto, sembra avere una connotazione più prescrittiva che descrittiva[12]: è volta, cioè, a ribadire che ad assumere rilevanza penale non può essere il solo fatto di avere una certa opinione, essendo necessario quantomeno la sua espressione *ab externo.*

Alla lettera, con le precisazioni anzidette, si tratterebbe di crimini che si sostanziano non in un *facere* o in un *non facere*, ma in un *dicere*[13].

Nondimeno, questa definizione necessita di ulteriori contestualizzazioni. Se imperniata sulla mera equivalenza con la manifestazione del pensiero, il *genus* risulterebbe, infatti, troppo ampio ed indefinito.

---

[8] M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in F. PALAZZO - C.E. PALIERO, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2010, 97.

[9] Ragiona in questi termini A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 689 ss.

[10] In questi termini, L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 1 e G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, 240. Gli Autori sottolineano come il problema non pare tanto quello di affermare o negare l'esistenza di una condotta avvertibile *ab externo*, che deve comunque esservi, quanto piuttosto quello di evitare, attraverso una sempre più fitta volatilizzazione dell'aggressione all'interesse protetto, la configurazione di illeciti di mera disobbedienza.

[11] La dicitura "reati di opinione" è stata criticata, in adesione alla posizione di una parte della dottrina tedesca, soprattutto, durante gli anni Settanta. Cfr. M. TARANTINO, *I c.d. "reati di opinione" ed il diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero*, in *Giust. pen.*, 1970, 443; 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. proc. pen.*, 1971, 55; G. GUARNIERI, *Reati d'opinione e opinione sui reati*, in *La giustizia penale*, 1976, 12 *bis*, 72; P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, 1983, 135 ss. Il rilievo è ripreso anche da A. DI GIOVINE, *op. cit.,* 2. Fuoriesce dallo schema opinione-espressione A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1978, 481 ss. che ha classificato i reati in esame fra quelli "di sentimento" e "contro il sentimento".

[12] É questa la posizione di un'antica dottrina italiana di salda ispirazione liberale, G. ARANGIO RUIZ, *Il diritto di stampa*, Modena, 1905, 331-337.

[13] Tale nozione è prospettata da F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, in *Il ponte*, 1971, 206 ss.

Più nel dettaglio, la condotta comunicativa presenta caratteristiche peculiari su diversi versanti[14].

Innanzitutto, quanto all'oggetto, deve esserci non tanto una narrazione di fatti, quanto un'espressione di un certo punto di vista dal contenuto necessariamente critico, rispetto ad un determinato tema di pensiero.

Con riguardo alla tecnica incriminatrice, poi, è punito il fatto in sé della comunicazione di un giudizio di valore, a prescindere dall'uso di una qualche specifica modalità espressiva e da ogni ulteriore effetto che si può provocare nel mondo esterno.

É vero, infatti, che sono necessarie non solo l'esternazione, in qualsiasi modo possibile, ma anche l'altrui percezione del pensiero offensivo (c.d. carattere recettizio)[15]. Tuttavia, la legge non richiede l'obiettiva capacità della condotta o l'intenzione dell'agente di provocare una reazione differente dalla mera ricezione del messaggio.

Da ciò si possono ricavare due rilievi preliminari.

Da un lato, la limitazione della libertà di espressione che caratterizza i reati di opinione ha carattere *content-based* e non *content-neutral*, essendo vietata la diffusione della manifestazione di un pensiero proprio ed esclusivamente per il contenuto dello stesso[16]. Dall'altro lato – ma il tema sarà approfondito nel prosieguo –, l'opinione incriminata non è mai autosufficiente perché la concretizzazione dell'offesa richiede, strutturalmente, almeno un ascoltatore che, recepito il messaggio, lo traduca in pratica (fermo restando che per la punibilità si prescinde dall'effettiva realizzazione della condotta ulteriore)[17].

Queste notazioni già permettono di compiere una prima grande delimitazione del campo applicativo della categoria.

Sono al di fuori di quest'ultima – e di conseguenza dalla presente indagine – le numerose ipotesi criminose che, pur realizzate tramite condotte comunicative, sono punite in forza degli effetti concreti che producono *ab externo*[18].

Lo stesso vale, senza dubbio, anche quando la parola è sì una modalità della condotta diretta a persuadere un terzo, ma il reato è perfezionato solo quando il destinatario della comunicazione, in forza della causalità psichica, è persuaso e compie un'ulteriore azione, quest'ultima sì lesiva del bene giuridico protetto. É il caso delle diverse fattispecie a forma vincolata che si fondano sull'induzione non violenta, la minaccia,

---

[14] A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione,* cit., 692 ss. enuclea siffatte caratteristiche di genere dei reati di opinione.

[15] Così F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, I: Delitti contro la persona, sesta edizione*, Padova, 2005, 201, con riguardo ai delitti di ingiuria o diffamazione, cui, sotto questo aspetto, come si dirà, i reati di opinione possono essere assimilati. Conferma la rilevanza della recettizietá per i reati di opinione anche A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 692.

[16] La bipartizione, nell'ambito delle *governmental restricions of expression*, tra quelle *content-neutral* (*without regard to the message conveyed*) e quelle *content-based* (*because of the message conveyed*) risale agli studi sul primo emendamento del giurista americano G. STONE, *Restricions of speech because of its content: the peculiar case of subject-matter restricions*, in *The Univerisity of Chicago Law Review*, 1978, 81. Anche A. SPENA, *op. cit.*, 693 ss. riprende la distinzione per cogliere le istanze paradigmatiche del concetto di reato d'opinione.

[17] Sul tema cfr. A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., che distingue, proprio su tale aspetto, la parola pericolosa da quella direttamente dannosa.

[18] Si pensi al disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone (art. 659 c.p.), alla molestia o al disturbo alle persone (art. 660 c.p.) o alla falsa testimonianza (art. 372 c.p.).

l'abuso dell'altrui vulnerabilità (artt. 601, 510, 612, 612 bis, 629, 640, 643 c.p. ma anche artt. 319 quater e 318-322), dei reati causali a forma libera (es. art. 589 c.p.) e del concorso morale *ex* art. 110 c.p.[19]
Sennonché, anche altre fattispecie incriminatrici sono incentrata su una condotta meramente comunicativa. Eppure, non tutte possono annoverarsi tra i reati di opinione in senso stretto perché difettano della cifra problematica complessivamente ascrivibile a tale categoria, coincidente con la tensione con la libertà di espressione.

1.1. Le ragioni politico-criminali come base per una delimitazione della nozione di reato d'opinione

Ridimensionata, ai fini della definizione dei delitti in esame, la rilevanza del dato meramente letterale-descrittivo che, nonostante le precisazioni fatte, rischia di coinvolgere figure che nulla hanno a che vedere con il senso dei reati di opinione, il *proprium* di questi ultimi va individuato sul versante politico-criminale, tenendo conto delle ragioni che presiedono alla scelta di incriminazione.
In questo senso, va rilevato che la punizione dell'opinione, nelle forme e nelle modalità viste, rappresenta una forma di anticipazione della tutela del bene finale[20].
Ciò significa che, quantomeno sul piano dell'astratta configurazione legislativa, tali fattispecie non solo sono strutturate come reati di condotta, ma sono anche connotate da un pericolo astratto (o presunto che dir si voglia)[21].
Come si è anticipato, si richiede, strutturalmente, ai fini della consumazione, il semplice verificarsi della condotta descritta, consistente nella mera manifestazione, in diverse forme, di un'opinione.

---

[19] Siffatta preliminare delimitazione della nozione di reato di opinione in senso stretto è condivisa dai principali Autori che si sono occupati del tema. Tra gli altri, G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Scritti giuridici*, 2, Padova, 1966; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit.; A. DI GIOVINE, *I confini*, cit.; L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit.; D. PULITANÓ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (art. 21 Cost.*), in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 239; A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., 693; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit.; M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello stato e l'ordine pubblico*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale,* Torino, 2010, 97 ss. Da ultimo, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit. 7.
[20] Per un tentativo di riordino complessivo della tematica dell'anticipazione della tutela in materia penale, oggetto di numerosissime indagini scientifiche, cfr. G. MARINUCCI– E. DOLCINI**,** *Corso di diritto penale*, III, Milano, 2005, 595 ss. Gli Autori classificano tali fattispecie «sulle quali grava un'ombra di illegittimità costituzionale per violazione del principio di offensività» in: a) ipotesi in cui il legislatore avrebbe operato un'inammissibile anticipazione della tutela, svuotando i fatti incriminati di ogni contenuto offensivo (reati di pericolo astratto; reati di pericolo indiretto; reati di possesso); b) ipotesi in cui il legislatore – esplicitamente (nei reati a dolo specifico) o tacitamente (nei reati di attentato) – avrebbe rinunciato ad ogni reale offesa; ed, infine, c) ipotesi in cui verrebbe addirittura repressa la disobbedienza come tale (reati omissivi propri).
[21] Sulle differenti classificazioni in tema di reati di pericolo, che saranno approfondite nel prosieguo, e i rapporti con il principio di offensività F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994. Nella manualistica C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, III, Torino, 2008 (v. anche C. FIORE, *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, in *Foro pen.*, 1963, 216 ss.) distingue tra reati di pericolo concreto, astratto e presunto; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI, Bologna, 2009 adotta, seguendo la ricostruzione maggiormente seguita in giurisprudenza, la bipartizione tra reati di pericolo concreto e astratto (presunto). In relazione specifica al ruolo del pericolo nei reati di opinione cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 69 ss., e M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 121 ss.

L'oggetto dell'incriminazione nei reati di opinione si colloca in una fase dell'*iter criminis* particolarmente remota rispetto all'offesa diretta al bene giuridico, ad essa solo prodromica, finendo per coincidere con quella di ideazione o preparazione del reato[22]. La condotta punita, infatti, di per sé sola, non è in grado di ledere l'interesse protetto, né tantomeno riflette, con riguardo a tale scopo, quell'idoneità e univocità necessarie per integrare la forma generale di anticipazione della tutela penale rappresentata dal tentativo di delitto[23].

Così come normativamente costruiti, tali delitti rappresentano una chiara deroga al principio generale della non punibilità dell'istigazione non accolta.

Tutto ciò dimostra una caratteristica strutturale e necessaria dei reati di opinione, a cui si è fatto già riferimento: la fisiologica neutralità della condotta punita rispetto al bene protetto. Essa è incriminata perché considerata idonea, alla stregua di nessi di causalità psichica dal problematico statuto epistemologico, a realizzare un effetto, prima e a prescindere dalla sua effettiva verificazione, che solo potrà offendere l'interesse tutelato[24].

L'estrema anticipazione dell'intervento penale, ai margini della libertà di espressione, trova la sua esclusiva ragione nell'esigenza di assicurare una tutela rafforzata a beni giuridici di particolare rilievo,

---

[22] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VII, Padova, 2011, 437 ss. individua le diverse fasi dell'*iter criminis* del reato che «come ogni cosa umana nasce, cresce e muore»: ideazione, preparazione, esecuzione, perfezionamento e consumazione. In questo senso, e più nello specifico con riguardo alla tutela penale dello Stato, già GARRAUD, *Traité theorique et pratique du droit pénal français*, 3, III, 1916, 305 ss. parlava di quattro frasi le prime delle quali colpiscono la risoluzione di commettere un delitto contro lo Stato in un momento anteriore all'inizio dell'esecuzione del reato. La rilevanza penale degli atti preparatori rappresenta una delle questioni più complesse e dibattute della scienza penalistica moderna, qualificata non senza ragione la «quadratura del cerchio» (A. GEYER, *Del tentativo*, in *Riv. pen.*, 1881, XIV, 373) e che «ha condotto i giuristi quasi alla disperazione» (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI, Milano, 2003, 486). Nonostante i molti lavori sul tema (tra tutti, cfr. A. ANTONINI, *Gli «atti preparatori» nel Codice e nella legislazione speciale*, in *Giust. pen.*, Roma, 1982, 238 ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689 ss.; F. VIGAN, *Incriminazione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 1, 174) mancano soluzioni condivise sia in dottrina che in giurisprudenza, solo il legislatore potendo risolvere il punto in modo espresso (è questa la posizione di G. BATTAGLINI., *Diritto penale. Parte generale*, III, Padova, 1949, 34). Sul fronte della giurisprudenza costituzionale, indicazioni importanti sul tema sono state offerte da C. Cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. Cost.*, 1980, pp. 1535 ss.: «si può dunque dire che la distinzione tra tentativo punibile ed atto preparatorio è certamente percepibile e che l'atto preparatorio consiste in una manifestazione esterna del proposito delittuoso che abbia un carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non ancora iniziata, di una figura di reato». Il principio è stato seguito anche da Cass., Sez. Un., 18 ottobre 2012, n. 47604 (*infra* cap. 2 par. 5.3).

[23] La dottrina unanime ravvisa nella norma di parte generale dell'art. 56 c.p. la linea di demarcazione valida per l'intero ordinamento che consente di individuare i criteri per stabilire da quale momento una condotta umana inizia ad essere rilevante per il diritto penale. Rispetto ad essa le diverse fattispecie di parte speciale che anticipano la tutela penale (tra cui sicuramente rientrano i reati di opinione) rappresentano un vero e proprio sistema delle eccezioni. Sul tema, tra i tanti: G. DE FRANCESCO, *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, in *Leg. pen.*, 2001, 927 ss.; E. LO MONTE, *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino, 2012; F. PALAZZO, *Il tentativo: un problema ancora aperto? (Tipicità ed offesa tra passato e futuro)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 38 ss.; B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1966; S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, 544 ss. e 696 ss..; M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959.

[24] A. GALLUCCIO, *op. cit.*, 8 ss.: «solo il legislatore non attende in questi casi che la parola abbia attecchito nella psiche del suo destinatario e abbia dato frutto (lo abbia indotto, cioè, a compiere quanto istigato)». É questo, secondo l'Autrice, un elemento di differenziazione con le già fattispecie di concorso morale nel reato, violenza privata, truffa, circonvenzione di incapace.

rappresentati ora dalla personalità dello stato (o sicurezza collettiva) e dall'ordine pubblico, nelle sue varie declinazioni, ora dalla dignità umana, dall'uguaglianza o dalla memoria.

Il dato comune a simili contro interessi, differenti per natura – da un lato pubblico-statuale, dall'altro personalistico-individuale – è il carattere immateriale e poderoso: sono difficilmente "afferrabili" e dunque assai facilmente manipolabili giudizialmente[25]. Oggetto di tutela sono, il più delle volte, sentimenti, ideali o veri e propri valori morali, spesso di dimensione sovra-individuale[26].

L'indagine sulla *ratio* politico criminale, sottesa alla categoria dei reati di opinione, spiega perché non si fanno rientrare in tale nozione alcune fattispecie caratterizzate dall'uso della comunicazione verbale come modalità della condotta.

Innanzitutto, vengono in rilievo i reati contro l'onore individuale e la reputazione[27] che, ancorché presentino una struttura in parte analoga, non possono essere annoverati tra i reati di opinione, difettando delle caratteristiche di fondo di tale classe delittuosa[28]. Si tratta, a ben vedere, di discorsi di insulto diretti a soggetti determinati, in cui ad essere oggetto di tutela penale è la persona stessa, in tutte le sue declinazioni costituzionalmente rilevanti (art. 2 Cost.). É vero che anche tali fattispecie sono tendenzialmente costruite come reati di pericolo. Tale configurazione, tuttavia, non risponde ad una logica di anticipazione dell'intervento penale. Piuttosto, è la conseguenza fisiologica della natura immateriale del bene giuridico protetto che, pur avendo un carattere eminentemente individuale, rende complessa l'individuazione dell'esatta consistenza dell'offesa, soprattutto quando questa è cagionata dal semplice uso della parola.

Un ragionamento simile - e un'analoga conclusione - vale per i reati contro il sentimento del pudore, nonostante il bene giuridico sia qui inteso non in senso individuale ma quale sensibilità collettiva o diffusa, anche se non di alto livello[29].

Si pensi al caso paradigmatico delle pubblicazioni e degli spettacoli osceni (art. 528 c.p.). La dimensione di pericolo della figura criminosa dipende, anche in questi casi, in massima parte, dal tipo di interesse

---

[25] Sulla problematicità e scarsa selettività di tali beni giuridici quali oggetto di tutela penale *infra* par. 3 e cap. 4 par. 4.1.

[26] La riflessione è di A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., 694 ss. L'Autore ritiene che la natura spirituale degli interessi sia diretta conseguenza della struttura di questa tipologia criminosa: se la condotta illecita consiste nell'espressione di un giudizio di valore, di per sé considerata, questa può turbare, per l'appunto, i valori oggetto critico del giudizio.

[27] La lesione dell'onere individuale è tutelata dall'ingiuria (recentemente depenalizzata) e dalla diffamazione (art. 595 c.p.). In dottrina, *ex multis*, cfr. A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2019, 333 ss.; A. GULLO*, Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, 121 ss.; A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005; A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, 225 ss. Spunti interessanti sull'onore come oggetto di tutela penale, anche in una prospettiva storica e comparatistica, con particolare riguardo all'ordinamento spagnolo, si leggono in A. DE PABLO SERRANO, *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Valencia, 2018; ID, *La protección penal del honr y el conflicto con las libertades informativas. Modelos del Comen law, continental europeo y del Convenio Europeo de DD.HH.,* Montevideo-Buenos Aires, 2017.

[28] Ma si consideri l'opinione contraria all'esclusione di tali reati dalla categoria esposto in nota n. 40.

[29] La differenza tra sensibilità di alto livello (come ad es. il sentimento religioso o il patriottismo) e sensibilità, o emozioni, di basso livello (come il disgusto), ai fini della delimitazione della categoria dei reati di opinione che solo offendono la prima, è tracciata da A. SPENA, *op. cit.*, 695.

tutelato che, identificandosi con un determinato *standard* etico sociale recepito dalla comunità di riferimento (il concetto di osceno previsto dall'art. 529 c.p.), rende evanescente l'entità dell'offesa[30].

Anche i reati di "offesa a", ossia i vari oltraggi all'onore di persone rivestite di funzioni costituzionali o comunque politiche[31], non presentano i tratti caratteristici dei reati di opinione in senso stretto[32]. Si puniscono, infatti, offese alla dignità di una persona determinata, connotate sì da un disvalore amplificato dalla qualità del soggetto passivo ma pur sempre corrispondenti allo schema dell'ingiuria, ancorché particolarmente qualificata[33].

Nella legislazione penale sono, poi, disseminate numerose ipotesi propriamente istigatorie, in cui certamente si riproduce lo schema comunicativo, ma della cui appartenenza alla categoria dei reati di opinione è lecito dubitare.

Il riferimento, in particolare, è all'istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), all'istigazione al suicidio (art. 580 c.p.)[34], all'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura (art. 613 *ter* c.p.)[35] e – secondo una tesi – all'istigazione a pratiche di pedofilia pornografica (art. 414 *bis* c.p.)[36].

Simili reati, oltre ad essere posti a tutela di beni pregnanti di particolare rilevanza quali la pubblica amministrazione, la vita e la libertà morale, non presentano il tratto identitario comune alla classe criminosa in esame, ossia il conflitto con il principio della libertà di espressione. Non vi è dubbio, infatti,

---

[30] Sull'art. 528 c.p., nella sua interpretazione anche giurisprudenziale, cfr. L. PISTORELLI, *sub* art. 528 c.p. in G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, V, 2021. In generale, sui reati contro il sentimento del pudore G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 8 ss.

[31] Sui reati di "offesa a" persone rivestite di funzioni costituzionali o politiche e il sistema di tutela differenziato dell'onore individuale in rapporto alla qualifica cfr. T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, Libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 39 ss. e A. GULLO, *Eguaglianza, libertà di manifestazione del pensiero e tutela differenziata dell'onore: un equilibrio ancora sostenibile?*, in *Criminalia*, 2014, 435 ss.

[32] Ma si consideri l'opinione contraria all'esclusione di tali reati dalla categoria esposto in nota n. 40.

[33] Si veda il caso del reato di offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica (art. 278 c.p.), posto a protezione della personalità morale di quest'ultimo su cui A. CORVI, sub *art. 278*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, 2021, V, II. Il dibattito sulla natura del delitto è tuttora aperto tra chi lo qualifica come reato di danno (E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 213) e chi, invece, opta per il pericolo concreto (G. DEAN, *Personalità interna dello Stato (delitti contro)*, in *Nov. Dig. It.*, 1957, 1105).

[34] L'art. 580 c.p., nella parte in cui incrimina l'istigazione al suicidio, è costruito come reato di evento posto a tutela della vita (ma nuove prospettive sull'oggetto di tutela penale sono state aperte da C. cost. 22 novembre 2019, n. 242 su cui C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sist. pen*., dicembre 2019 e S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 2159 ss.). Viene punita, cioè, la determinazione in altri di un proposito suicidario prima inesistente o il rafforzamento di un proposito suicidario preesistente, solamente nel caso in cui il suicidio avvenga o, con una pena più lieve, se il suicidio non avvenga quando si realizzi una lesione grave o gravissima. Il suicidio o il tentativo di suicidio con lesioni gravi o gravissime rappresentano l'evento del reato che coincide con il momento consumativo dello stesso. La differenza con i reati di opinione in senso stretto è evidente: questi ultimi sono infatti reati di mera condotta in cui è punita, per ciò solo, l'istigazione che, invece, nell'art. 580 c.p. assume rilevanza solo se si produce l'effetto normativamente previsto. La peculiarità è che nel caso del suicidio l'evento non è un fatto penalmente rilevante, mentre rispetto alle ipotesi di lesioni gravi o gravissime si è al cospetto di una forma tipizzata di concorso morale nel reato o di un tentativo di istigazione. Sulla natura del reato e sul ruolo dell'evento cfr. V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1984, 21 e M. BERTOLINO, *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. Pen.*, 1999, XIV, 113 e 120.

[35] L'art. 613 *ter* c.p., introdotto dalla legge 14 luglio 2017, n. 110, rappresenta una deroga alla tradizionale non punibilità della mera istigazione a commettere un delitto, punendo l'istigatore di tortura, solo nel caso in cui trattasi di p.u. e sempre che essa sia concretamente idonea a commettere il delitto.

[36] Su tale delitto, di recente introduzione, e sulla sua qualificazione come reato di opinione *infra* cap. 3 par. 7.

che alla base dell'incriminazione di tali manifestazioni di pensiero non sussista quella contrapposizione ideologica (verticale e orizzontale) propria delle opinioni dissenzienti, essendovi, anzi, una solida e unanime riprovazione[37]. Si tratta, in altri termini, di condotte istigatorie *ad certam personam* in cui la particolare importanza degli oggetti di tutela giustifica la deroga alla non punibilità della mera istigazione ai sensi dell'art. 115 c.p.

Tutte le categorie delittuose appena passate in rassegna – reati contro l'onore; reati contro il sentimento del pudore; reati di "offesa a"; alcuni reati istigatori – costituiscono reati di opinione solo in senso lato e improprio, e comunque in un senso significativamente diverso da quello in cui va intesa, in linea con le sue ragioni politico-criminali, la classe criminosa *de qua*. In buona sostanza, nella punizione di tali opinioni non si ravvisa la logica di anticipazione dell'intervento penale in costanza di presunzioni di pericolosità connotate da uno stato epistemologico problematico e incerto[38].

Ciò giustifica l'esclusione dall'oggetto della ricerca – fatta eccezione per alcuni riferimenti incidentali – di tali reati, che pure potrebbero apparire simili a quelli oggetto di trattazione.

L'esame letterale e politico-criminale della punizione dell'opinione permette di ricavare una definizione di sintesi dei reati di opinione.

Interpretati in senso stretto, sono i delitti nei quali: 1) il fatto incriminato si esaurisce nella sola manifestazione di un pensiero; 2) l'idea è espressa in pubblico o rivolta ad un numero indeterminato di destinatari; 3) si prescinde dalla realizzazione di qualsiasi effetto nel mondo esterno; 4) la punibilità si basa su una logica anticipatoria che si fonda su presunzioni di pericolosità della parola affidati a nessi di causalità psichica di dubbio fondamento epistemologico; 5) l'esigenza è tutelare contro interessi caratterizzati da uno statuto immateriale, siano essi a rilevanza pubblicistica o personalistica.

Essi, dunque, si sostanziano nella propalazione *coram populo* o comunque *ad incertam personam* di un'opinione, anche istigatrice, esulando dal piano del concorso morale di persone di carattere propriamente istigatorio, nella misura in cui non presuppongono un rapporto tra due o più soggetti determinati.

Così delineata la categoria, è possibile procedere, in via preliminare, all'esatta individuazione di quali disposizioni penali, ai fini del presente lavoro, vengano in rilievo quando se ne fa riferimento.

---

[37] In questo senso A. GALUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 11 ss. riconduce tale ipotesi criminosa al modello consensuale di reato (C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 894). Differentemente, i reati di opinione in senso stretto sono ricondotti ad un paradigma conflittuale verticale o orizzontale che dimostra la tensione con il principio di libertà di espressione.

[38] Discorso in parte diverso può farsi per il reato di istigazione, proselitismo e induzione al reato di persona minore previsto dall'art. 82 D.P.R. n. 309/1990. Il legislatore, nell'ottica della tutela avanzata della salute pubblica, configura una fattispecie annoverabile tra i reati di pericolo cui corrisponde un significativo arretramento della soglia di punibilità. A differenza dell'istigazione a delinquere di cui all'art. 414 c.p., però, non rileva l'attività volta a sollecitare la consumazione di reati ma l'induzione alla commissione di fatti irrilevanti sotto il profilo penalistico (a norma dell'art. 75 D.P.R. 309/1990 il mero uso di sostanza stupefacenti esula dalle condotte punite essendo suscettibile solo di sanzioni amministrative). Il reato, interessato dalla già citata sentenza di Cass., Sez. Un., 7 dicembre 2012, 47604, è analizzato da A. CAPOTI, *Istigazione, proselitismo e induzione all'uso di droga, propaganda pubblicitaria*, in *Commento pratico sistematico al Testo Unico sugli stupefacenti*, a cura di S. RIONDATO, Padova, 2006, 199 ss.

Applicando le coordinate ermeneutiche appena tracciate vi rientrano i reati che puniscono le varie forme di apologia, istigazione, vilipendio e propaganda, quali tipi di manifestazione del pensiero caratterizzate da distinte sfumature.

Per un verso, l'apologia si limita ad una semplice esaltazione di un fatto criminoso. Per altro verso, l'istigazione richiede l'incitamento alla commissione di un dato reato. Il vilipendio consiste, invece, nell'atto di offendere o disprezzare, anche con parole. La propaganda presuppone, altresì, un'influenza sull'opinione pubblica, orientando verso determinati comportamenti collettivi.

Nel sistema penale vigente – che, come si vedrà, ha subito nel tempo rilevanti modifiche – tali condotte corrispondono, in primo luogo, alle fattispecie di istigazione ed apologia, incriminate tra i delitti contro la personalità dello Stato e l'ordine pubblico[39].

La nozione di reato di opinione può impiegarsi, altresì, con riguardo alla propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, etnico, nazionale, religioso o di istigazione alla violenza o all'odio per i medesimi motivi[40], anche nella sua più recente versione aggravata dalla negazione o dalla minimizzazione grossolana della Shoah, dei crimini di genocidio e di altri crimini di guerra o contro l'umanità[41].

Anche i reati di vilipendio, sia contro la personalità dello stato[42] sia contro la religione e i culti ammessi[43], si inquadrano nella categoria.

É vero, però, che rispetto a questi ultimi l'interesse degli studiosi è nel tempo scemato[44]. Da un lato, la loro struttura realmente "di opinione", già di per sé limitata alle ipotesi in cui l'offesa è realizzata a parole,

---

[39] Per l'istigazione: artt. 266 (istigazione di militari a disobbedire alle leggi), 302 (istigazione a commettere alcuno dei delitti contro la personalità dello stato), 414 (istigazione a delinquere) e 415 (istigazione a disobbedire alle leggi). Per l'apologia: artt. 266 (apologia di militari di fatti contrari alle leggi, al giuramento, alla disciplina o ad altri doveri militari) e 414 co. 3 (apologia di delitto); apologia di fascismo *ex* art. 4 l. 20 giugno 1952, n. 645 (l. Scelba); apologia di genocidio *ex* art. 8 l. 9 ottobre 1967, n. 962.

[40] La fattispecie ha vissuto un percorso normativo travagliato: inserita dapprima dalla legge c.d. Reale (art. 3, l. 13 ottobre 1975, n. 654), modificata poi dalla legge c.d. Mancino (art. 1, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. In l. 25 giugno 1993, n. 205), trasferita infine nell'art. 604 *bis* c.p. per effetto della riserva di Codice (art. 2 co. 1, lett. i, d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21). *Infra* cap. 3 par. 5.

[41] La novella è stata apportata dall'art. 1 l. 16 giugno 2016, n. 115, poi modificata dall'art. 5 co. 1 l. 20 novembre 2017, n. 167. *Infra* cap. 3 par. 6.

[42] É il caso del vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate (art. 290 c.p.), del vilipendio alla nazione italiana (art. 291 c.p.), del vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato (art. 299 c.p.). Reati simili sono contenuti anche nel Codice penale militare di pace agli artt. 81, 82 e 83.

[43] È il caso delle offese a una confessione religiosa (prima religione di Stato) mediante vilipendio di persona (art. 403 c.p.), offesa a una confessione religiosa (prima religione di Stato) mediante vilipendio di cose (art. 404 c.p.), delitti contro i culti ammessi nello stato (art. 406 c.p.).

[44] In dottrina sui reati di vilipendio in generale e in particolare su quelli di matrice politica *ex multis*, S. PROSDOCIMI, voce *Vilipendio (reati di)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 737 s.; V. MORMANDO, *Laicità penale e determinatezza. Contenuto e limiti del vilipendio*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 2453. Sui vilipendi di matrice religiosa e i rapporti tra diritto penale e religione v. M.C. IVALDI, *La tutela penale in materia religiosa nella giurisprudenza,* Milano, 2004; G. FIANDACA*, Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991; F. SGUBBI, *Religione e diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale (art. 8 e 19 Cost.),* in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 205 ss.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, E. DOLCINI E C.E. PALIERO (a cura di), I, *Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 151; T. PADOVANI, *La travagliata rinascita dei delitti in materia di religione*, in *Stud. iur.*, 1998, 925; C. MAZZUCATO, *Offese alla libertà religiosa e scelte di criminalizzazione. Riflessioni de iure condendo sulla percorribilità di una politica mite e democratica*, in *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, G. DE FRANCESCO - E. VENAFRO (a cura di), Torino, 2007, 134 ss.

è stata affievolita dalla riforma del 2006; dall'altro lato, più che corrispondere ad una logica di anticipazione dell'intervento penale, tali ipotesi risultano poste a tutela di valori eminentemente simbolici.
Se si considera che la categoria dei reati di opinione includa le fattispecie appena elencate, risulta condivisibile la suddivisione di tali crimini in due gruppi: le ipotesi di provocazione *ad incertam personam*, cui sono assimilabili tutte le forme di istigazione, apologia e propaganda, e le ipotesi di offesa, cui ricondurre le forme di vilipendio[45].
Giova ribadire che la catalogazione appena offerta vale ai fini del presente lavoro, nella consapevolezza che non esiste un criterio classificatorio unico sull'ambito operativo oggettivo dei reati di opinione, sicché, a seconda della sensibilità dell'Autore e del tipo di studio, alcune fattispecie possono essere o meno inserite nell'elenco[46].
Quello che, invece, senza dubbio, accomuna tutti gli studi sistematici della materia è l'ineludibile constatazione della tensione, insita nei reati di opinione, tra i limiti penalistici della libertà di espressione e il diritto alla manifestazione del pensiero.
La presenza di fattispecie siffatte nell'attuale ordinamento giuridico, che si professa liberale e pluralista e che si fonda sulla centralità dell'autonomia politica individuale, ne segna una profonda aporia[47].
La contraddizione è antica e sempre nuova, enfatizzata com'è stata nei tempi recenti dall'uso degli strumenti di comunicazione di massa; in ultima istanza, difficilmente risolvibile con una soluzione unica e astratta.
L'utilizzo della sanzione penale a fronte di parole non allineate, e per ciò solo pericolose, apre la via alle riflessioni sulla legittimità costituzionale dell'incriminazione dell'espressione di opinioni, portando a interrogarsi sugli ambiti legittimi di estensione della sfera penale.

---

[45] La suddivisione è proposta da L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 101 ed è in parte condivida da T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla riforma del titolo I libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, cit., 39 e da E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino, 2008, 158. In particolare, mentre con riferimento ai reati di provocazione è più tangibile il fenomeno della politicizzazione dei reati di opinione, con riguardo alle fattispecie di offesa è possibile osservare il fenomeno della personificazione dello Stato (con attrazione della sfera di tutela dell'onorabilità della persona in quella di tutela dell'onorabilità dello Stato).
[46] L'inclusione nella categoria dei reati di opinione in senso stretto delle fattispecie di apologia, istigazione (nei limiti anzidetti), propaganda e vilipendio è condivisa da C. FIORE, *I reati di opinione*, cit. e, da ultimo, da A. GALLUCCIO, *op. cit.,* (si noti, però, che l'Autrice esclude che i reati di vilipendio possano annoverarsi nella categoria essendo posti a tutela di valori simbolici).
In parte differenti sono, invece, le ricostruzioni operate da altri Autori. Senza pretesa di esaustività: A. SPENA, *op. cit.,* 691, 702 ss. esclude le fattispecie di istigazione, ritenendo che con esse non sia propriamente incriminata la semplice espressione di un'opinione richiedendosi l'idoneità a innescare un collegamento tra pensiero e azione. T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici,* cit., 39 vi include i reati di "offesa a" ma non la propaganda razzista (probabilmente perché si riferisce ai reati di opinione politici). L. ALESANI, *op. cit.*, pur registrando la stretta connessione della categoria con gli interessi di natura pubblicistica, fa riferimento anche all'ingiuria, alla diffamazione e ai reati che incriminano le pubblicazioni e gli spettacoli osceni. Nello stesso senso si pongono anche F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit. 206 ss. che, abbracciando una concezione ampia della categoria, vi ricomprende anche i reati offensivi all'onore delle persone e A. DI GIOVINE, *op. cit.*, 7 che individua tre direttrici in cui si articolano i reati di opinione (tutela dell'onere e della riservatezza dell'individuo, tutela del buon costume e della religione e tutela dello stato).
[47] Così A. SPENA, *op. cit.*, 1. La vistosa contraddizione era già stata messa a fuoco, con riguardo al sistema anglosassone della prima metà dell'Ottocento, da J. STUART MILL, *Sulla libertà*, 4, trad. it. a cura di G. MOLLICA, Milano, 2000, 105 ss.

La questione riguarda la giustificazione della coercizione penale e investe le scelte politiche relative al "che cosa punire", così come al "perché" e "come" punire[48].

In questo senso, i reati di opinione pongono, innanzitutto, un problema di diritto costituzionale, legato alla stessa legittimazione democratica delle società moderne.

Ad esso si lega indissolubilmente il versante propriamente penale della questione, che fa di tale categoria delittuosa una formidabile cartina di tornasole della tenuta e dei limiti delle garanzie del diritto penale moderno ad orientamento costituzionale.

Anticipando una distinzione che sarà centrale ai fini del presente lavoro, il tema, delicato e complesso, va declinato tenendo conto tanto dei c.d. reati di opinione politici, fedeli alla classica contrapposizione individuo-autorità, quanto dei reati di opinione posti a protezione di beni individuali e personali, corrispondenti a un modello inedito volto all'implementazione dei diritti fondamentali.

2. La genesi storica: il *crimen laesae maiestatis* dal diritto romano all'*ancien régime*

Lo studio del sistema attuale dei reati di opinione non può prescindere da un approfondimento in chiave storica.

Se è vero che la comprensione di qualsiasi istituto giuridico richiede all'interprete la conoscenza delle cause che ne sono alla base e delle evoluzioni che quel fenomeno ha subito[49], ciò vale a maggior ragione per un tema così controverso ideologicamente e, in fondo, strettamente connesso ai delitti politici[50].

Si ritiene opportuno, perciò, individuare i precedenti legislativi delle odierne disposizioni penali, da considerare nel loro insieme e nelle loro reciproche relazioni prestando particolare attenzione ai corrispondenti contesti sociopolitici di riferimento.

Nel corso del tempo, a seconda delle varie legislazioni prese in considerazione, l'espressione del pensiero è stata oggetto di divieto penale in diversa misura, ora nella (prevalente) direzione della tutela dello Stato ora nella direzione della tutela della persona[51].

---

[48] In argomento, A. MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2006, 8 ss.; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 12 ss. È interessante notare che il tema, in una prospettiva più ampia, si inserisce in quello della «non arbitrarietà» della legge (su cui già C.L. MONTESQUIEU, *Espiri des Lois*, XIX, in *Oeuvres Completes*, II, ed. a cura di R. CAILLOIS, Gallimard, Paris 1958, 565).

[49] Sull'importanza della ricerca storico-penale connotata da profili di sistematicità S. VINCIGUERRA, *Una tecnica giuridica raffinata al servizio dell'assolutismo regio: le "Leggi penali" delle Due Sicilie*, in *Codice per lo Regno delle due Sicilie (1819). Casi, fonti e studi per il diritto penale*, Padova, 1996, VII.

[50] G. BETTIOL, *Il problema penale*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, 623: «non si può intendere il diritto penale di uno Stato isolandolo dai suoi presupposti etici, sociali, economici e politici, perché il diritto penale è la più caratteristica espressione della "fisionomia" di una società in un determinato momento della sua evoluzione storica e culturale». Sulla storia del diritto penale politico italiano si vedano M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1979, *passim* e F. COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento. Da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato"*, Milano, 1986.

[51] G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 644 ricorda come la libertà di manifestazione del pensiero abbia subito limitazioni non giustificate tanto in tempi antichi quanto in tempi moderni. Per una efficace ricostruzione storica dei modelli di incriminazione dell'opinione F. SCHIAFFO, *Alle origini dei reati di*

Seguendo tali premesse, la riflessione sulle origini e sull'evoluzione di tali fattispecie, così come interpretate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di ogni fase storica, risulta un'operazione ermeneutica imprescindibile non solo per una più consapevole analisi *de jure condito* della categoria, ma soprattutto per prospettare, *de jure condendo*, una possibile "soluzione" al contrasto tra la protezione di beni di particolare rango e le libertà individuali.

L'emersione della centralità del diritto di manifestare il proprio pensiero solo in tempi recenti spiega l'interesse per le esperienze normative sviluppatesi a partire dal diciannovesimo secolo, epoca in cui l'esigenza liberale si è fatta sentire con più intensità[52].

Tali coordinate temporali incontrano le proprie tappe fondamentali nei codici preunitari (assumendo come modello il codice sardo-piemontese del 1839), nell'Editto sulla stampa del 1848, per poi giungere al Codice Zanardelli del 1889 e al vigente codice Rocco del 1930, senza tralasciare la fondamentale proclamazione contenuta nell'art. 21 Cost.

Cionondimeno, non appare peregrino risalire indietro nel tempo fino al diritto romano, a cui risale il primo – e più remoto – archetipo di delitto di opinione[53]: non fosse altro perché tracce di tale modello si rinvengono anche nei codici moderni, a dimostrazione di una storia – quella dei reati di opinione – complessa e ricca di vicende, diverse ma intimamente collegate.

Il riferimento è al sistema del *crimen laesae maiestatis,* tipologia variegata che ricomprendeva diverse figure incentrate sulla repressione di qualsiasi atteggiamento di dissenso o disobbedienza in contrasto con l'obbligo di fedeltà dovuto dal singolo al *Princeps*, quale derivazione ottriata dell'autorità divina[54].

Al di là del *dictum* ulpianeo che resta, probabilmente, il solo capace di offrirne uno schema generalizzatore ed operativo, definire l'istituto in termini idonei ad indicare tutte le sue implicazioni e a comprendere la ricca fenomenologia che vi rientra è operazione ardua, oltre che inutile[55]. Difatti, piuttosto che creare un recinto logico nel quale costringere la potenzialità operativa del *crimen*, gli studiosi hanno ritenuto preferibile procedere ad una sua descrizione, vale a dire a prendere atto dello sviluppo storico di esso e del grado di estensione quantitativa a cui la dottrina lo ha condotto.

---

opinione: modelli di incriminazione e opzioni politico-criminali, in *Studi in onore di G. Melillo*, III, Napoli, 2010, 1169 ss.

[52] In questo senso L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 8-13.

[53] A ben vedere, i primi esemplari di reati di opinione risalgono al diritto dell'Oriente o dell'antico Egitto, nonché al diritto degli elleni e, in particolare, a quello ateniese. Spunti in tal senso in E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, III, Napoli, 1885, 12 ss.

[54] Cfr. E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., 10 ss., per il quale si tratta di una «terribile costruzione» e G. NAPODANO, *I delitti contro la sicurezza dello Stato*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia di diritto penale*, VI, Milano, 1909, 109, che lo riconosce come strumento servito a «dare ragione degli eccessi e degli arbitri». Più nel dettaglio, sull'istituto v. M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit. Sul tema anche T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1982, 5.

[55] Il *crimen maiestatis* è definito da Ulpiano «*majestatis crimen illud est quod adversum populum romanum vel securitatem ejus committitur*» (D. 48.4.1., 1).

Dalle varie e lunghe – ma speso incomplete – elencazioni offerte si sono potuti ricavare alcuni elementi fondanti per l'individuazione di alcuni nodi del sistema in modo da comprendere quale possa essere il contenuto concreto della figura[56].

Gli elementi principali sono i soggetti della *maiestas*, i destinatari dell'obbligo di obbedienza e fedeltà, il modo di articolarsi della *rebellio* e della *proditio*, nonché gli interessi maggiormente protetti[57].

Per quel che interessa ai fini del presente lavoro, l'attenzione si soffermerà sugli ultimi due profili, tra loro intimamente legati, non senza aver brevemente individuato il campo applicativo del concetto di *maiestas*.

È vero che a tale termine non corrisponde un unico e preciso significato. Tuttavia, seguendo l'etimologia, la tesi prevalente lo colloca nell'area del potere (*potestas*), così che è possibile tracciare una prima nozione del *crimen* quale strumento per perseguire ogni attentato al sistema di potere in quanto tale[58].

Gli interpreti hanno individuato due presupposti strutturali comuni alla categoria.

Da un lato, il *crimen laesae maiestatis* si rapporta all'*inobedientia* che, intesa come *rebellio*, consiste in qualsiasi comportamento ostile al potere[59]. L'ideologia dell'obbedire, riflessa nello stesso termine *subditus*, assume un'importanza sistematica nella logica del reato in esame, divenendo un criterio di repressione che non si limita a garantire lo *status quo* perché il suo raggio di operatività, alterato dal valore politico che assume quando investe la struttura del potere, si allarga fino a comprendere anche il mero dissenso, in termini di opposizione politica e, persino, di propaganda ideologica.

Dall'altro lato, la fattispecie riproduce lo schema della *proditio*, il che significa equiparare l'opposizione politica al tradimento che, secondo una convinzione assai sentita dalla generalità dei cittadini, rientrava tra i più spregevoli comportamenti[60].

La natura prenditoria comportava che, contaminandosi codice di comportamento e repressione penale, il reato risultava caratterizzato da connotazioni moralistiche, più che dalla lesione, neppure nella forma del pericolo, di un bene giuridico[61].

Il carattere inafferrabile di tale ipotesi criminosa e la dematerializzazione delle condotte incriminate, attraverso la *inobedientia* (intesa come *rebellio*) e la *proditio*, hanno portato a punire la mera contestazione

[56] M. SBRICCOLI, *Crimen,* cit., 190 ss. passa in rassegna i vari tentativi definitori affrontati dai giuristi.
[57] La ricostruzione è presente in M. SBRICCOLI, *Crimen*, cit., 178 ss.
[58] Sul concetto di *maiestas*, e le sue ricostruzioni, con riguardo precipuo al diritto romano v., *ex multis*, F.S. LEAR, *Treason and related offences in Romam and Germanic Law*, in *The Rice Instituite Pamphlet*, XLII (1955), 13.
[59] Sulla «liturgia dell'obbedienza» e sui rapporti con la *rebellio* ed il *crimen laesae maiestatis*, nelle diverse interpretazioni, ancora, M. SBRICCOLI, *Crimen*, cit., 117 ss.
[60] M. SBRICCOLI, *Crimen*, cit., si sofferma sull'«ossessione del tradimento» e sulla sua mitologia, arrivando a indicare le fattispecie del *crimen proditionis* come espressione del *crimen laesae maiestatis*. Sull'avversione popolare rispetto al tradimento, usata come copertura per la durezza del sistema, più di recente, con riguardo a la *ley de las Partidas*, F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*, Madrid, 1969, 240.
[61] Sull'influenza della morale nella legislazione penale ad orientamento soggettivista F. SCHIAFFO, *Alle origini dei reati di opinione,* cit., 1175.

dell'ordine costituito, pur di far fronte alla tutela – necessariamente anticipata – degli interessi pubblici-statuali[62].

La centralità di tale reato non si è arrestata al contesto del diritto romano ma si è riflessa anche – e soprattutto – nell'età medioevale e moderna, nell'arco di tempo che va dal XII al XVII secolo, finendo per infiltrarsi in tutti i momenti della vita associata[63].

Da un lato, come naturale portato della evoluzione della concezione dello Stato e del potere, si moltiplicano i soggetti maiestatici (non più solo il *Princeps* ma anche, indirettamente, il mero esattore). Dall'altro lato, conseguentemente, si coprono aree sempre maggiori di comportamenti criminosi comuni nei quali si cerca un «minimo politico», contenendo ogni infrazione dell'ordine una «sfida allo Stato», in tal modo colpendosi anche aree ideologiche e politiche, dissensi, divergenze di opinione e faide politiche[64].

In questo quadro ben si giustifica la tendenza degli interpreti di diritto comune a presentare il *crimen laesae maiestatis* come reato aperto, suscettibile di integrazioni dottrinali e, soprattutto, di espansione quantitativa (e quindi qualitativa) all'interno dell'ordinamento politico-giuridico.

A fronte di un simile meccanismo repressivo «gigantesco» e «terribile», i *doctores*, ancorati com'erano al complesso testuale romano, preferirono gestire l'estrema articolazione, piuttosto che tentare difficili sintesi concettuali e malintese riduzioni ad unità[65].

Così costruito, è facile intuire come il reato in esame sia stato assunto a fondamento di tutte le feroci persecuzioni che, in nome della ragione di stato, immolarono i più sacri diritti della individualità umana, tra i quali viene in rilievo anche la – ancora non istituzionalizzata – libertà di opinione.

Ma la storia del *crimen laesae maiestatis* non si esaurisce con l'evoluzione vissuta nell'*ancien régime*.

2.1. Il primo stabilizzarsi degli ordinamenti liberali: le codificazioni preunitarie e l'Editto albertino sulla stampa

Dell'istituto si rinviene traccia, come si è anticipato, ancora nei codici ottocenteschi, primo fra tutti nel codice francese del 1810, modello di riferimento per tutte le codificazioni liberali.

Quest'ultimo, formalmente, sostituì gli antichi nomi (*rectius*: reati di maestà) con la formulazione "reati contro la sicurezza esterna e interna dello Stato".

---

[62] Tanto è vero che Tacito, negli Annali (III, 22), considerò il *crimen laeasae maiestatis* «*omnium accusationum supplementum*» e, nello stesso senso, Plinio, nel Panegirico di Traiano (42) parlò di «*maiestatis singulare et unicum fuit crimen eorum, qui crimine vacuerunt*».

[63] Sull'evoluzione nell'età medievale e moderna del sistema del *crimen laesae maiestatis* e le sue differenze con la nozione moderna di reato politico, dovute al differente «stile dottrinale» che caratterizza i due distinti momenti culturali, M. SBRICCOLI, *Crimen*, cit., 183 ss. che segnala come nel Cinquecento si sia arrivati a contare un numero assai consistente di fattispecie così costruite.

[64] M. SBRICCOLI, *Crimen*, cit., 260 ss.

[65] Sul ruolo e la funzione del giurista, soprattutto di diritto penale, nell'*ancien régime* si veda, *ex multis*, M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, 1969, *passim*.

A ben vedere, però, l'arretramento della soglia di intervento penale e le semplificazioni probatorie e processuali[66] finivano per incentrare il disvalore offensivo sul mero dissenso ideologico in nome del superiore principio di autorità delle strutture politiche vigenti, in linea con l'idea per cui, in cambio della concessione delle terre ai sudditi, questi ultimi dovevano prestare un asservimento morale prima ancora che giuridico[67].

L'incriminazione dell'opinione, in buona sostanza, continuò a configurarsi come lo strumento di cui si servirono le classi politiche per conservare il proprio potere da «temute aggressioni» connesse alle varie istanze di cambiamento degli ordinamenti economici e giuridici della società[68] e «perpetuare gli antichi e tanto deprecati arbitri»[69], secondo una logica non dissimile dal vecchio paradigma dei reati di maestà[70].

Il codice francese del 1810 ha rappresentato il riferimento generale, altresì, per i codici preunitari italiani, tra i quali il codice sardo-piemontese del 1839 offre un quadro piuttosto completo del modo di concepire la punizione dell'opinione dell'epoca71.

I reati di maestà, per un breve periodo soppressi quasi ovunque, rifecero l'ingresso nel sistema dei reati politici che, ancora molto lontano dall'idea della necessaria offensività delle condotte punite, pareva «vergato col sangue»[72].

Nella maggior parte dei casi – complice anche il formante giurisprudenziale[73] – erano puniti soltanto atti preparatori o, addirittura, di mera ideazione del delitto, senza che si riuscisse ad individuare un danno o un pericolo diretto al bene protetto[74].

La penalizzazione dell'espressione delle opinioni trovava un'importante esemplificazione nell'ipotesi della provocazione a commettere delitti di Stato (artt. 199 e 200), forma embrionale della – più generale

---

[66] G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli 1979, 25 ss.

[67] T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., 6.

[68] Così C. FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione*, in *Pol. dir.*, 1970, 499: il delitto penale diventa «uno strumento del potere politico». Per una serrata critica a tale modello di legislazione morale che sottopone al giudice atteggiamenti interiori di alto tradimento v. T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., 6 e L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Roma-Bari, 2000, 849 ss.

[69] C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 19.

[70] Così E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., 20 ss. che tiene conto, altresì, dell'evoluzione *del crimen laesae maiestatis* nel Codice francese del 1810.

[71] La medesima visione repressiva emerge anche dagli altri codici preunitari, ciascuno caratterizzato da peculiarità legate alla realtà di riferimento, spesso molto diversa da quella piemontese. Sul Codice sardo piemontese del 1839 cfr. L. GENINA, *Trattato elementare teorico pratico di diritto penale secondo il Codice sardo del 1839*, Torino, 1854. Si tenga a mente, poi, che la legge napoletana del 1808 fu la prima della legislazione italiana preunitaria ad introdurre la categoria dei reati contro la sicurezza dello Stato (v. S. ROBERTI, *Corso completo del diritto penale del regno delle Due Sicilie*, IV, Napoli, 1834, 84 ss.).

[72] È esemplificativo il caso della legislazione toscana, in cui, a seguito della prima solenne abolizione dei delitti di lesa maestà con la Nuova legislazione toscana del 1786, gli stessi furono reintrodotti con la legge 1795. Sul tema v. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 17 ss.

[73] L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 20 riporta alcune delle più significative pronunce giurisprudenziali che si rinvengono nei Repertori di quegli anni.

[74] Per una dura critica nei confronti di tale tendenza repressiva F. BRICOLA, *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enc. dir.*, XI, Varese, 1962, 121 ss.; A. DE MARSICO, *Premessa dommatica all'esame dei reati di istigazione, cospirazione e banda armata*, in *Scritti giuridici in onere di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, 1950, 475; E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966. Nello stesso senso, C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 16 e L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 16.

– istigazione a delinquere[75], nonché nell'incriminazione dell'eccitamento ad ogni tipo di reato (art. 469 c.p.), punita per la minaccia all'ordine sociale che comportava[76] e dalla previsione di fattispecie, autonome e speciali, di provocazione che si identificavano con il *crimen laesae venerationis,* quale offesa in termini di irriverenza e non di aggressione alla sovranità dello Stato[77].

Nella legislazione preunitaria l'incriminazione dell'opinione traspariva, plasticamente, anche dalla configurazione dei reati contro la religione, quasi sempre collocati in apertura della parte speciale, a testimonianza dell'importanza ad essi attribuiti[78]. Anche questi presentavano una dimensione marcatamente politica perché, in quel contesto sociale, si riteneva che sovvertissero uno dei principali fondamenti dello Stato: «la religione, infatti, può interessare l'ordine politico ed eccitare la sollecitudine del potere sociale»[79].

Il profondo intreccio tra politica e religione, che faceva della seconda un formidabile *instrumentum regni* della prima, si prestava assai bene a reprimere la libertà di manifestazione del pensiero, dando vita a chiari esempi di reati di opinione, caratterizzati da massima indeterminatezza e asprezza sul versante del trattamento sanzionatorio[80]. A testimonianza di ciò, si pensi alle fattispecie criminose che punivano la mera enunciazione di principi contrari ai dogmi della religione cattolica (c.d. sistema del divieto di opinioni antireligiose), quali mezzi per un maggiore controllo ideologico, politico e sociale[81].

É vero che i crimini costruiti in termini più marcatamente illiberali furono superati dal primo Codice penale italiano del 1859, che accordò tutela anche agli altri culti ammessi e mitigò le pene dei reati

[75] Quest'ultima sarà, poi, definitivamente introdotta, con il nome di "provocazione a commettere reati", dal primo Codice penale dell'Italia unificata del 1859 che, sviluppando la tendenza repressiva del Codice albertino, comprendeva tutte le fattispecie già previste come reato di maestà nella legislazione del 1839, sia pure nella nuova classe dei delitti contro la "sicurezza interna" dello Stato. Sui rapporti tra i due Codici, S. VINCIGUERRA, *I codici sardo-piemontesi del 1839 e del 1859*, in *I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Studi coordinati da S. VINCIGUERRA, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale,* raccolti da S. VINCIGUERRA, Padova, 1993.

[76] Così, E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., 314 ss., il quale rileva come la dottrina – non sempre seguita dalla giurisprudenza dell'epoca – aveva individuato una serie di condizioni essenziali per l'integrazione del reato. Sul punto anche V. COSENTINO*, Il Codice penale del 20 novembre 1859 con le successive modificazioni per le Provincie napoletane-siciliane e quelle generali per tutto il Regno*, Napoli, 1879, IV, Titolo secondo. Dei reati contro la Religione dello Stato e gli altri culti, II e III, 210 ss.

[77] In tal senso, E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., 35. Su tali crimini con i quali si finiva per punire anche chi si limitava «a predicare l'intolleranza religiosa» (così V. COSENTINO, *Il Codice penale*, cit., 65 ss.) anche L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 22.

[78] L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 67 ss. coglie lo stretto collegamento tra religione e politica alla base dei reati di opinione a tutela del sentimento religioso e del buon costume nelle codificazioni preunitarie. Nello specifico, mentre si rinviene un perfetto connubio tra religione e politica nel Codice napoletano del 1819 (cfr. A.M. STILE, *Il Codice penale del 1819 per lo Regno delle due Sicilie*, in *I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, cit.), nel Codice sardo piemontese del 1839 e, ovviamente, nel Regolamento penale gregoriano del 1832, il Codice parmense del 1820 risulta intriso di maggiore laicità.

[79] L. GENINA, *op. cit.*, 262.

[80] Spunti in M.C. IVALDI, *La tutela penale in materia religiosa nella giurisprudenza*, Milano, 2004, 2.

[81] Nel Codice sardo piemontese del 1839 il sistema del divieto di opinioni antireligiose puniva con pene severissime l'attacco diretto o indiretto alla Religione dello Stato con principi alla medesima contrari (art. 164) e qualsiasi forma residuale di offesa alla Religione o chi ne eccitava il disprezzo ed arrecava scandalo o turbava od impediva l'esercizio della Religione medesima (art. 165).

rimasti[82]. Tuttavia, l'intervento normativo fu ambiguo perché comparse una forma *ante litteram* di vilipendio a tutela della religione medesima, intesa, ancora una volta, come bene collettivo («di civiltà»)[83]. Probabilmente, ai fini del presente lavoro, è l'Editto Albertino sulla stampa, del 26 marzo 1848, il testo normativo che meglio riflette l'atteggiamento del legislatore ottocentesco, stretto tra le nuove libertà e la preoccupazione di difendere l'autorità delle istituzioni[84].

Cronologicamente successivo alle principali codificazioni preunitarie e in parte precursore delle modifiche intervenute con le prime codificazioni dell'Italia unita, esso rimase, per quasi un secolo, la struttura portante della legislazione penale in materia di stampa, mai abrogato salvo l'incompatibilità di talune sue disposizioni con le leggi successive[85].

L'importanza sistematica dell'atto si evince già dalla sua struttura. Alla solenne proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero attraverso la stampa, è conseguita la sua conformazione come catalogo di reati, in linea con la previsione dell'art. 28 dello Statuto Albertino («la stampa sarà libera, ma una legge ne reprime gli abusi»)[86].

Con una sorta di eterogenesi dei fini, l'Editto, che si sarebbe dovuto fare promotore dei nuovi ideali liberali, ha finito con il rappresentare un *vademecum* completo di delitti di opinione[87].

Per la verità, molti di questi già erano previsti dai codici penali preunitari. Si trattava, però, della versione speciale – caratterizzata dalla commissione con il mezzo della stampa – di tali reati comuni, richiamati e perfezionati.

Altre fattispecie, invece, costituivano delle vere e proprie novità. Si pensi, in particolare, agli artt. 13, 22 e 24 che prefiguravano tutte le future ipotesi di pubblica istigazione, incitamento e apologia, nonché al delitto di lesa irresponsabilità e agli oltraggi dell'art. 21 che anticipavano le varie figure di vilipendio (politico).

In questo quadro appare significativa, soprattutto, la fattispecie dell'art. 24: non solo perché in essa compariva, per la prima volta, l'espressione "apologia", ma anche perché indicava, simbolicamente, i valori irrinunciabili (primo fra tutti il diritto di proprietà) contro i quali non sarebbero stati tollerati neppure contestazioni meramente verbali[88]. La struttura di tale norma incriminatrice, insieme alla

---

[82] Sull'abbandono della prospettiva pubblicistica nella tutela del sentimento religioso nel Codice del 1859, anche a causa del deterioramento dei rapporti tra Stato e Chiesa dell'epoca risorgimentale, cfr. L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 87 ss. e V. COSTANTINO, *op. cit.*, 16.

[83] Sulla pubblicizzazione del sentimento religioso come oggetto di tutela penale nelle legislazioni liberali ottocentesche cfr. L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 87 ss.

[84] In argomento: G. LAZZARO, *La libertà di stampa in Italia dall'Editto albertino alle norme vigenti*, Milano, 1969.

[85] S. ARMAIOLI, *Offesa all'onore della persona e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1966, 61 hanno sostenuto la vigenza di alcune disposizione dell'Editto anche in tempi recenti.

[86] Cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 19 ss. e L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 26 ss.

[87] L'entusiasmo nei confronti della prospettiva di libertà dell'Editto è espresso da E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del Codice penale vigente* (1764-1890), in *Enc. dir. pen. Raccolta di monografie*, a cura di E. PESSINA, II, Milano, 1906, 602 e F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, III, I, Torino, 1864-1972, 334 ss.

[88] Così C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 22. Sulla norma anche G. LAZZARO, *La libertà di stampa in Italia dall'Editto albertino alle norme vigenti*, cit., 18.

discrezionalità giudiziaria sulla commisurazione della pena, ne facevano una disposizione di chiusura del sistema volto a reprimere ogni forma di attacco contro gli interessi statali[89].

L'Editto, in ogni caso, rifletteva un regime di relativo favore per i reati di stampa, riflesso nella mitezza del trattamento giuridico, nella previsione di brevi termini di prescrizione dell'azione penale e in uno speciale regime processuale. Tuttavia, l'intento venne in parte neutralizzato dalla giurisprudenza del tempo che, forzando la contemporanea previsione degli stessi fatti come reato comune e come reato di stampa, tendeva a restringere l'ambito di applicazione dell'Editto, al fine precipuo di eludere il regime preferenziale da esso contemplato[90].

La sovrapposizione criminosa, non risolta neppure dalle codificazioni dell'Italia unita, lasciò poco spazio alla – promessa – libertà di stampa, quale forma di manifestazione del pensiero, soprattutto nella sua dimensione politica.

Ecco spiegato perché gli Autori che hanno studiato la materia sono concordi nel ritenere che la moderna tematica dei reati di opinione emerga già con il primo stabilizzarsi degli ordinamenti liberali, in stretta connessione con la configurazione che, nei codici del 1800, assumono i delitti contro lo Stato[91]. A dispetto delle idee di libertà professate, gli ordinamenti liberali continuano a fare affidamento su un sistema repressivo, volto a garantire, anche rispetto ai moti di dissenso politico, l'interesse generale.

L'evoluzione appena passata in rassegna dimostra, tra l'altro, la natura intrinsecamente politica dei reati di opinione di questa epoca, secondo una prospettiva che richiama, ora esplicitamente ora implicitamente, il *crimen laesae maiestatis*[92]. Ancora, in molti casi, per tutta la legislazione preunitaria, compreso il codice italiano del 1859, oggetto di divieto penale è la mera espressione di un pensiero in contrasto con la sovranità dello Stato, allo scopo di arginare il rischio di una possibile minaccia alla stessa sopravvivenza delle istituzioni[93].

3. L'assetto di tutela del regime fascista: il Codice Rocco

[89] C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 22.

[90] Su tali distorsioni giurisprudenziali v. G. ESCOBEDO, *A proposito del reato di incitamento alla disobbedienza della legge e d'istigazione all'odio tra le classi sociali*, in *Giust. pen.*, 1894, 1434 ss.

[91] C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 17 si esprime in questi termini: «la dottrina finisce ben presto per prendere atto che l'abolizione dei reati di lesa maestà, ufficialmente salutate come ripudio definitivo di un passato ormai sepolto, era stata, in realtà, poco più di una lustra». Analogamente, a F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, p. spec., VII, Lucca, 1870, 621 «appariva come un'anomalia, e una contraddizione in termini, il fatto che la materia dei delitti contro lo Stato fosse disciplinata, nei codici liberali d'Europa allo stesso modo che nell'*ancien régime*».

[92] Sulle differenze tra *crimen laesae maiestatis* e reato politico moderno v. M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., 175.

[93] Sul tema cfr. G. LAZZARO, *La libertà di stampa in Italia dall'Editto albertino alle norme vigenti*, cit., 17. Analogamente, L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 64ss, 87 ss. sostiene una vera e propria identificazione tra delitto politico e delitto d'opinione, ferme ovviamente tutte quelle figure criminose, definibili in termini di delitto politico, nelle quali manca la manifestazione di un pensiero.

Già il sistema liberale aveva messo in evidenza una forte tensione tra il riconoscimento astratto della libertà di pensiero – conquista convinta di quello stesso ordinamento – e l'esigenza di conservazione, attraverso la repressione penale, dei nuovi assetti istituzionali anche dalle idee.

La tendenza legislativa e giurisprudenziale a restringere gli spazi di legittimo dissenso, allo scopo di salvaguardare le basi della società, si acuì e trovò la massima espressione durante gli anni "fascisti", fino alla promulgazione del vigente codice Rocco del 1930.

Questa fase storica, per la verità anticipata dagli speciali provvedimenti emanati sul finire del XIX per far fronte alle forti tensioni sociali allora venutesi a creare[94], segnò la drastica presa di coscienza dell'insufficienza dell'apparato frutto della rivoluzione liberale, nonché un momento di profonda crisi dello stesso principio di libertà di espressione del pensiero.

La differenza rispetto alle preoccupazioni già emerse in epoca liberale stava nel fatto che l'ascesa al potere di un movimento politico apertamente autoritario comportò che non venne conservata nemmeno quella parvenza formale di salvaguardia delle più importanti libertà individuali e collettive[95]. Del resto, le ricostruzioni hanno dimostrato che il movimento fascista si nutrì proprio del disprezzo per il mondo liberale, ritenuto un sistemo non all'altezza di risolvere la delicata situazione in cui versava il Pase nel primo dopoguerra[96].

È la legge n. 2008 del 1926 a compiere la più profonda limitazione della libertà di espressione, rendendo severissima la disciplina dei delitti politici e di opinione[97]. Sul versante sostanziale, infatti, da un lato, accanto alla punizione di molteplici forme di attentato, concerto, istigazione e apologia, comparve per la prima volta la diretta incriminazione delle ipotesi di propaganda politica, dall'altro lato, si innalzò sensibilmente il livello sanzionatorio, contemplando finanche la pena di morte[98]. Sul versante processuale,

---

[94] Il riferimento è alle leggi eccezionali "antianarchiche" nn. 314, 315 e 316 del 1894, attraverso le quali si intendeva tutelare l'ordinamento dal pericolo consistente dell'anarchia, riducendo anche sensibilmente i margini di espressione e ridimensionando così l'impianto garantista del Codice Zanardelli. Su tali normative, in generale, cfr. M. PELISSERO, R*eato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, cit., 114 e M. SBRICCOLI*, La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia Unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bologna, 1990, 170 ss. Nello specifico, con riguardo ai reati di opinione di tale legislazione, si considerino le riserve espresse da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV, 1987, 354-355, secondo il quale «il folle terrore degli anarchici, che invase l'Europa dopo il 1880, in Italia non diede altro frutto che le disgraziate leggi del 1894» e E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Introduzione ai delitti in ispecie e delitti contro la sicurezza dello Stato*, II, Milano, II, 163-164, che ricorda come «si siano trasportati in blocco nel territorio dei delitti anarchici, i principi eccezionali, che valsero già o che, almeno in parte, valgono tuttora pei delitti politici».

[95] Così, L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 57 ss.

[96] Sulla politica fascista e la sua influenza nel sistema giuridico cfr. L. PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.,* XVI, Milano, 1967, 887 ss.; G. NEGRI, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XIV, 1 ss.; N. BOBBIO, *Profilo ideologico del Novecento italiano*, Torino, 1986, 126 ss.; G. NEPPI MODENA – M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia, Annali 12, La Criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1997, 757 ss.

[97] Per una sintetica, ma efficace, ricostruzione sul contenuto di tale provvedimento L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 59.

[98] Così, C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 37-38. La fattispecie di propaganda è infatti considerata «mero reato di opinione» (così G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale*, in *Giur. Cost*., 1966, 1100).

poi, si istituì il Tribunale speciale per la difesa dello Stato, al quale veniva attribuita la giurisdizione esclusiva sui reati politici.

Il sistema così conformato finì per impedire, con ogni mezzo, che l'equilibrio del nuovo ordinamento politico totalitario fosse messo in dubbio da chi non si uniformasse alle idee diffuse dal regime.

Anche il testo normativo del 1930, certamente a causa del contesto storico-politico in cui nasce, si inserisce in questo quadro di irrigidimento autoritario delle disposizioni penali di matrice politica. Il coordinamento sistematico delle incriminazioni in esso contenute, volte a neutralizzare l'azione dei raggruppamenti non conformi al nuovo assetto istituzionale, sfocia infatti in un'ampia ed organica repressione di ogni forma di dissenso ideologico[99].

Che sia così è confermato dalla stessa Relazione al progetto definitivo del Guardasigilli, da cui emerge che le nuove disposizioni, con cui si colpisce la mera «diffusione delle idee, cioè, l'affermazione teorica degli obiettivi politici», riflettono «la sempre maggiore affermazione dell'autorità dello Stato» nei suoi rapporti con i cittadini[100].

È esemplificativo, altresì, il dato nominalistico. La denominazione "delitti contro la sicurezza dello Stato" figlia della cultura liberale e riflessa anche nel codice del 1889, appare restrittiva al legislatore fascista sul presupposto che pare insufficiente garantire agli interessi statali solo una protezione minima. Ad essa si sostituisce l'espressione "delitti contro la personalità dello Stato", a dimostrazione della necessità di assicurare l'estensione della tutela penale a «tutto quel complesso di interessi politici fondamentali, rispetto ai quali lo Stato intende affermare la propria personalità»[101].

L'indicazione formale e le precisazioni ministeriali trovano perfetta corrispondenza anche sul piano sostanziale, dato che l'intervento repressivo sulla manifestazione del pensiero è stato, per la prima volta, oggetto di sistematizzazione organica.

Già il confronto quantitativo con le incriminazioni presenti nelle codificazioni precedenti esibisce differenze assai vistose. A titolo esemplificativo, i reati del Titolo I del Libro II – *sedes materiae* dei delitti politici e di opinione – più che raddoppiano rispetto alle previsioni del codice del 1889: si passa da trentaquattro a ben settantadue fattispecie.

Uno sguardo d'insieme al merito delle nuove disposizioni incriminatrici mette in evidenza come la sfera dell'intervento punitivo dello Stato sia dilatata al di là di ogni misura, coinvolgendo anche la mera manifestazione del pensiero sovversivo in quanto tale[102].

Al divieto, doppiamente configurato, di "cospirazione politica mediante accordo" (art. 304) e di "cospirazione politica mediante associazione" (art. 305 c.p.), si accompagna l'incriminazione della

---

[99] C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 38.

[100] A. ROCCO*, Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale,* IV, Roma, 57 e 8.

[101] A. ROCCO, *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, cit. , 7.

[102] E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 760 ss. sottolinea come l'espressione del pensiero sovversivo fosse considerato indice di una pericolosità che faceva dei suoi autori i «nemici dello Stato».

propaganda e della apologia sovversiva o antinazionale (art. 272 c.p.). Si aggiungono, poi, le speciali figure di istigazione e di apologia di cui agli artt. 302 e 303 c.p. e, soprattutto, a tutela dell'ordine pubblico, le ipotesi di istigazione a delinquere e apologia di delitto (art. 414 c.p.), di incitamento all'odio fra le classi sociali e di istigazione a disobbedire alle leggi (art. 415 c.p.), senza che sia più richiesto per quest'ultimo il pericolo per la pubblica tranquillità[103]. Sono altresì sanzionate varie ipotesi di vilipendio politico e alcune figure affini, così come il vilipendio alla "religione dello Stato" (art. 402 c.p.) ed altre ipotesi di offesa alla religione (artt. 403 e 404 c.p.).

La chiusura del sistema repressivo della libertà di espressione è assicurata anche da altre disposizioni, tra cui spiccano le grida e manifestazioni sediziose (art. 654) e la diffusione di notizie false, esagerate e tendenziose (art. 656), nonché dalla massiccia utilizzazione delle misure di prevenzione quale strumento di difesa del regime politico dalle idee sovversive[104].

Le pene per tutti questi reati risultano congruamente inasprite, sia nei minimi che nei massimi, rispetto alla disciplina precedente[105]. L'accentuata severità del trattamento sanzionatorio deriva anche dalla previsione di numerose circostanze aggravanti, nonché dalla configurabilità, a fronte della moltiplicazione delle figure criminose, di ipotesi di concorso, materiale e formale, tra più reati. Si ammetteva, infatti, non solo regolarmente il «concorso tra un qualsiasi delitto contro la personalità dello Stato e i fatti di pubblica istigazione ed apologia degli stessi», ma anche «l'apologia del proprio delitto da parte dell'autore e perfino l'apologia dell'apologia»[106].

Rispetto ai modelli precedenti, inoltre, viene notevolmente ampliata la nozione di pubblicità, presente in diverse delle figure criminose menzionate, con conseguenze evidenti in punto di estensione della repressione anche a fronte di comunicazioni individuali private[107].

Né può essere senza significato, per spiegare la prospettiva repressiva sul dissenso ideologico, la costruzione del testo normativo secondo un modello teleologico di progressione discendente[108]. Ciò

---

[103] V. nota n. 162.

[104] Si prevedeva, infatti, che fossero assegnati al domicilio coatto per un tempo non inferiore a tre anni «coloro che avessero manifestato il deliberato proposito di commettere vie di fatto contro gli ordinamenti sociali» (art. 3). In argomento L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione.* cit., 818-824.

[105] Basti pensare, per esempio, che le fattispecie di cui all'art. 415 c.p. vengono punite con la reclusione da sei mesi a cinque anni, laddove l'art. 247 del Codice Zanardelli prevedeva la pena della detenzione da tre mesi a cinque anni..

[106] C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 40.

[107] A. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit., 57, sottolinea: «l'apologia e la propaganda sovversiva saranno punibili anche se commesse in privato». Sul tema cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 39 e G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale*, cit., 1100.

[108] Sulla progressione discendente del Codice vigente cfr., *ex multis*, T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2002, 56 ss. Gli Autori propongono una riorganizzazione della parte speciale secondo un modello di progressione ascendente più in linea con la prospettiva personalistica costituzionale, riflessa poi nel Progetto di riforma del Codice penale elaborata dalla Commissione presieduta dal Prof. A. Pagliaro. Sul tema v. G. FLORA*, Manuale per lo studioso della parte speciale del diritto penale*, I, Padova, 1998, 65 ss. Per un approccio comparatistico con il sistema spagnolo *infra* cap. 3 par. 4.

riflette, forse più di ogni altra cosa, la subordinazione funzionale della società civile e delle sue istituzioni, nonché dei rapporti economico-sociali e della persona, alle esigenze superiori dello Stato[109].

3.1. La personalità dello Stato e l'ordine pubblico come oggetto principale della tutela penale

Il codice Rocco presenta sicuramente una coerenza con il precedente ordinamento rispetto all'oggetto della tutela penale dei reati di opinione di matrice politica. Anche da questo punto vista, però, emerge nitidamente l'accentuazione del profilo autoritario dello Stato nei suoi rapporti con i cittadini ed il maggiore rigore delle limitazioni penalistiche alla libertà di espressione.

L'indagine sui contro-interessi, al cui cospetto la libertà di manifestazione del pensiero è destinata a sacrificarsi, è indice emblematico della visione sottesa alla nuova legislazione.

Il fatto che le principali fattispecie che incriminano l'opinione, come si è visto, siano attratte nei delitti di matrice politica, ora contro la personalità dello Stato ora contro l'ordine pubblico, si collega, molto strettamente, al modello di progressione discendente di costruzione della parte speciale. É vero che la posizione topografica costituisce un mero dato tecnico. Tuttavia, essa dà un messaggio molto chiaro sulla scala dei valori accolti[110], ponendo all'apice la dimensione statale in senso stretto e affermando, in ribaltamento della prospettiva assiologica di matrice illuministica, il primato assoluto della difesa dello Stato sulla persona[111].

Conseguentemente, una delle opzioni fondamentali che caratterizza il codice è rappresentata dalla pubblicizzazione degli interessi protetti, in virtù della quale beni fisiologicamente personali sono artificiosamente dilatati ed attratti nell'orbita pubblicistica[112].

Nello specifico, l'ampiamento della visuale della "sicurezza dello Stato" e l'introduzione del concetto di "personalità" esprime perfettamente la nuova visione statocentrica, strumento dell'assolutismo di marca fascista[113]. Lo Stato, visto come organismo politico e giuridico e concepito come la popolazione organizzata sotto un potere supremo, costituisce la fonte di ogni tutela e acquista una distinta ed autonoma

---

[109] Sulla svalutazione della protezione della sfera personale nell'impostazione originaria del Codice Rocco cfr. G. MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino, 1996, 202 ss.

[110] Sulla lettura della parte speciale del Codice penale come cartina di tornasole delle opzioni di valore espresse da un ordinamento cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (articoli 17 e 18 Cost.)*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e Giustizia Costituzionale*, cit., 213; E. GALLO-E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., 17; T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., 12 ss.; E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 886.

[111] A dimostrazione di ciò in A. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit., 8 e 10 si legge che «la protezione penale prima esclusivamente accordata a vantaggio dell'individuo per il godimento delle libertà politiche dalla legge conferitegli, ora mira prevalentemente al migliore funzionamento dello Stato e alle necessità che i cittadini vi concorrano con l'esercizio dell'attività politica». In argomento, F. COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento*, cit., 248 e G. DELITALIA, *Criteri direttivi del nuovo Codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XIII, 1935, 586.

[112] Sulla pubblicizzazione degli interessi protetti cfr., *ex multis*, T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione*, cit., 49 ss. Sul fenomeno, particolarmente avvertito in relazione ai reati contro la moralità ed al buon costume in cui erano inseriti i reati sessuali cfr. G. FIANDACA, *Il Codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, "La questione criminale", 1, 1981, 76-77.

[113] Così, G. FIANDACA, *Il Codice 'Rocco' e la continuità istituzionale in materiale penale*, cit., 69.

personalità funzionale al perseguimento degli scopi autoritari del regime[114]. Allo stesso tempo, la priorità accordata allo Stato-persona produce un processo di identificazione ideologica e morale con tale valore, a cui i cittadini devono adeguarsi.

Ne deriva che la protezione penale deve essere accordata a tutti gli interessi politici fondamentali dello Stato e non solo a quelli che concernono la sua sicurezza: dagli interessi elementari, da cui dipende la sua integrità, a quelli funzionali al suo progresso e alla sua prosperità economica e sociale, ivi compreso «il diritto di conseguire e conservare quel maggior grado di potenza che in un determinato momento storico possa competergli nel mondo»[115].

Sul piano delle tecniche di tutela, la scelta legislativa di rapportare i reati di opinione alla protezione della "personalità interna e internazionale dello Stato" è foriera di conseguenze di vario tipo.

Lo stesso concetto di personalità dello Stato, infatti, assume i caratteri di sbocco categoriale di una sintesi politica che esprime la concezione totalitaria proprio nell'idea dello Stato-persona come centro di tutti i rapporti politici. É lo strumento del regime con cui reprimere tutti i comportamenti concepiti come disobbedienza nei confronti della volontà politica superiore di regime. Quest'ultima, tra l'altro, risulta del tutto sottratta a sindacati e regole valutative, «condizionando l'interesse politico senza esserne condizionata», come risulta dall'assenza totale di reati politici provenienti da parte di chi sia detentore del potere politico[116].

Più che un bene giuridico oggetto di tutela penale, del quale non è in grado di esplicare le relative funzioni – né quella critico-garantista né quella dommatico-classificatoria[117] –, la personalità dello Stato è una sorta di macrofunzione, dalla cui tutela dipende la conservazione degli assetti pubblici[118]. In questo contesto, l'esigenza è, piuttosto, quella – tutta pragmatica – dell'efficienza del controllo[119].

Tale lettura riduzionistica del bene giuridico nella teoria del reato orienta le norme penali alla protezione della propria organizzazione politica, sociale ed economica, divenendo quest'ultima la *ratio* di tutela. Così, l'illecito penale si configura come mera trasgressione[120].

---

[114] In generale sulla personalità dello Stato come oggetto di tutela penale, *ex multis*, M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., *ibidem* e F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale - Parte speciale*, II, Milano, 1977, 913 ss.

[115] A. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit., 9, 16.

[116] La prospettazione essenzialmente esterna della criminalità politica è messa in evidenza da T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., 13-14.

[117] Sulle funzioni del bene giuridico cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, I, Milano 1983, 8 ss. Più di recente, si interroga sulla capacità realmente selettiva della categoria del bene giuridico nel diritto penale moderno F. SIRACUSANO, *Il diritto penale è ancora strumento di tutela dei beni giuridici? Sintetiche riflessioni sull'attuale ruolo e sulla funzione del bene giuridico*, in *Raccolta di studi di diritto penale*, Rubbettino, 2004, 331 ss. Da ultimo, un recupero della concezione costituzionale di bene giuridico è prospettato da E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, 2019, *passim*.

[118] Sulle criticità legate alla tutela penale delle funzioni, tra gli altri, cfr. W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 108; T. PADOVANI*, Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 675-676.

[119] S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it di dir. e proc. pen.*, 1995, 348 parla di un «pragmatismo efficientistico».

[120] Sulla configurazione dei reati posti a tutela della personalità dello Stato come di mera disobbedienza cfr., *ex multis*, T. PADOVANI, *Stato (reati contro la personalità dello)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 818 ss. e A. CADOPPI-P.VENEZIANI,

Ciò detto con riguardo alla personalità dello stato, va rilevato che questa rappresenta il più importante contro-interesse immaginato dal legislatore del 1930 alle limitazioni penalistiche della libertà di espressione. Resta, però, una parte considerevole di reati d'opinione, posta, sempre in una prospettiva politica, a tutela dell'ordine pubblico, storicamente momento privilegiato della violazione del principio *cogitationis poenam nemo patitur*[121].

Se la personalità dello Stato è concetto dai confini inafferrabili, votato ad una pluralità di diversi usi e terreno di strumentalizzazioni politiche[122], non meno incerti appaiono i termini dell'ordine pubblico[123].

Giova precisare, fin da subito, che a quanti osservano che da ogni reato può derivare un turbamento dell'ordine pubblico per il danno mediato che produce, il Guardasigilli Rocco ricorda che vi sono crimini che offendono non già in via indiretta ma direttamente tale bene. Quest'ultimo, nello specifico, viene inteso come il buon assetto ed il regolare andamento del vivere civile, cui corrispondono, nella collettività, il senso della tranquillità e della sicurezza[124].

Nella prospettiva del 1930, l'ordine pubblico è declinato in senso ideale, quale sistema coerente ed unitario di valori che lo Stato persegue per preservare la propria esistenza. In altri termini, si tratta di una «sintesi di principi immanenti all'ordinamento, ai quali dovrebbe potersi riconoscere una consistenza assoluta, e dunque un'estensione di tutela al di là dei particolari contesti normativi in cui già si afferma la rispettiva preminenza nel confronto e nel contemperamento con interessi concorrenti»[125].

In questo senso, il bene recepisce le connotazioni sociali e politiche di fondo dello specifico assetto istituzionale, coincidendo «ora con il bene comune o con l'interesse generale, ora con i principi

---

Introduzione ai delitti contro la personalità dello Stato, in A. CADOPPI-S.CANESTRARI-A.MANNA-M.PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, I, *I delitti contro la personalità dello Stato*, Torino, 2008, 6 ss.

[121] Così C. FIORE, (voce) *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1092. L'Autore registra una continuità nella riproposizione del concetto di ordine pubblico rispetto alle esperienze di codificazione liberale. Sulla scaturigine storica della nozione cfr. S. ALEO – G. PICA, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2012, 106. Gli Autori sottolineano come, abbondando il riferimento a concetti più materialmente identificabili, già il legislatore del 1889 aveva idealizzato l'oggetto della tutela.

[122] In questo senso M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato*, cit., 226 ss. Le medesime critiche sono sollevate anche con riguardo alla prospettiva liberale della sicurezza pubblica: A. CAVALIERE, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. Dir.*, 1-4, 2009, 43 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 10 ss.; M. DONINI – M. PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011; D. PULITANÓ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 547. Per un'attenta analisi della polivalenza della sicurezza come bene giuridico, di recente, cfr. F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno tra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Napoli, 2020, 92 ss.

[123] Oltre alla vastissima letteratura di diritto penale sull'ordine pubblico, quale bene giuridico protetto dalle fattispecie incriminatrici, tale nozione è indagata anche in ambito civilistico, quale limite alla libertà negoziale (c.d. ordine pubblico interno) e nel diritto internazionale privato, come limite alla recepibilità di leggi e atti stranieri (c.d. ordine pubblico internazionale). Di recente, la clausola generale è stata studiata seguendo un approccio pluridisciplinare civilistico-internazionalistico in G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019. Gli Autori, prendendo atto della relatività del concetto di ordine pubblico e della necessità che lo stesso non si limiti a tutelare l'interesse generale della società ma garantisca anche i diritti e le libertà delle persone, ne ravvisano l'unitarietà «non per identità di soluzioni, ma per identità assiologica dei criteri di giudizi», lasciando alle circostanze del caso concreto la ragionevole declinazione dei valori in gioco.

[124] A. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit., 202 ss.

[125] Così, G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, 1988, Milano.

fondamentali su cui poggia l'organizzazione dello Stato o le leggi che ne assicurano la conservazione, ora con i postulati essenziali relativi ai fondamentali principi politici e con le principali strutture politiche»[126]. Tale connotazione dell'ordine pubblico, quindi, esprime perfettamente l'esigenza conservatrice di matrice politica, sotto forma di «manifestazione della volontà della classe dirigente di assicurare la stabilità del regime contro ogni attività condotta sul piano giuridico e diretta a porre in discussione le fondamenta su cui la società, da essa espressa, si regge»[127].

La configurazione dell'ordine pubblico nella sua dimensione ideale, quale contro-interesse all'incriminazione della parola pericolosa[128], determina conseguenze significative tanto con riguardo alla carica offensiva delle condotte punite, quanto rispetto al piano tecnico-giuridico dell'oggetto di tutela penale.

Sul primo versante, identificandosi con i principi sui cui si fonda l'assetto istituzionale, finisce, con una indebita inversione assiologica, per sacrificare in nome della ragion di Stato libertà fondamentali, tra cui quella di espressione. L'esigenza di conservare un determinato sistema politico, economico e sociale postula, infatti, l'anticipazione della tutela dalle condizioni di effettiva permanenza dell'*ordre dans la rue* a quelle dell'integrità ideologica degli ordinamenti costituiti nello Stato129. É facile, così, giungere a porre limiti alla libertà di manifestazione del pensiero solo in ragione della contrarietà al regime dei contenuti e delle finalità del pensiero manifestato, che si trova ad essere criminalizzato in funzione di repulsione di tutte le istanze di cambiamento dell'assetto costituito. Conseguentemente, la difesa dell'ordine pubblico ideale porta a punire fatti che, pur essendo ad esso contrari, sono molto lontani dall'effettiva offesa del bene che la condotta mira in realtà ad aggredire.

Sul secondo versante, poi, tale impostazione rischia di vanificare la funzione selettiva del bene giuridico, quale imprescindibile strumento per il ridimensionamento critico delle scelte legislative di incriminazione. Piuttosto, l'ordine pubblico si assesta su profili meramente metodologici, prospettandosi come «*super-ratio* del sistema penale»[130].

D'altro canto, è lo stesso legislatore del 1930 a confermare questo punto di vista quando afferma, nei Lavori preparatori, che i fatti illeciti previsti nel titolo V «ledono l'ordine pubblico non in qualche suo speciale assetto, ma in sé» poiché «in essi difficilmente è dato rinvenire un'obiettività giuridica immediata».

---

[126] Così, G. RICCIO, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, diretto da G. VASSALLI, Milano, 1986, 729.

[127] Così, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVI ed., Napoli, 2009, 799

[128] A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa*, cit., 109 considera l'ordine pubblico «un contro-interesse tradizionale dagli incerti confini» alla libera espressione.

[129] In questo senso, G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit.

[130] Così, S. MOCCIA, (voce) *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 4 ss. L'Autore fonda la ricostruzione dell'ordine pubblico ideale come *ratio* nell'art. 54 Cost. che impone il rispetto delle leggi anche allo stesso legislatore.

Neppure l'avvento della Costituzione, e con essa l'accresciuta sensibilità verso diritti e libertà che potrebbero essere fortemente limitati dalle fattispecie in oggetto, ha sopito i dubbi sulla delimitazione di tale bene giuridico, probabilmente a causa della eterogeneità dei delitti che sono posti alla sua tutela[131].

Innanzitutto, la giurisprudenza della Corte, ancora agli inizi degli anni Settanta, ritiene compatibile con l'ordinamento democratico l'esigenza di un ordine legale costituito, inteso in senso formale, su cui poggia la convivenza sociale[132]. Quest'ultima viene considerata bene di valore non inferiore alla libertà di espressione e suo «limite insuperabile», in tal modo legittimando meri reati di opinione di fronte al pericolo di turbamento della pace sociale[133].

Nella rilettura del codice Rocco che, suggerita dalla dottrina, è stata poi seguita anche in giurisprudenza[134], l'ordine pubblico è stato emancipato dalla prospettiva ideale, priva di fondamento costituzionale, per essere identificato nelle forme della protezione del sistema democratico (e del metodo democratico) e dell'ordine pubblico materiale135.

Tali formule, trovando appiglio nelle indicazioni espresse nel testo costituzionale[136], ricercano un substrato empirico per la nozione, in grado di far assumere rilevanza penale alle sole azioni che compromettano immediatamente la pacifica convivenza[137]. Si discorre, a questo scopo, di una pacifica tranquillità sociale che si sostanzia in una componente oggettiva di pace e sicurezza dei consociati in ordine al normale svolgersi dei rapporti sociali e in una corrispondente componente soggettiva di percezione dello stato di sicurezza che lo Stato deve garantire[138].

---

[131] Sul rapporto tra ordine pubblico e libertà costituzionali cfr. C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, 359 ss.

[132] Il riferimento è a Corte cost., 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 190 ss., con nota di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, Milano, 1958, 53 e P. BARILE, *La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose*, in *Foro it.*, 1962, I, 855 ss. La Consulta dichiarò infondata la q.l.c. dell'art. 656 c.p., poiché la libertà di manifestazione del pensiero incontra un limite nell'esigenza di prevenire o far cessare turbamenti dell'ordine pubblico. L'ordine pubblico in senso ideale è riproposto rispetto all'art. 650 c.p. anche da C. cost., 8 luglio 1971, n. 168, in *Giur. cost.*, 1971, 1784, con nota di A. PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*.

[133] La dottrina (*ex multis*, P. BARILE, *La libertà di espressione*, cit.) ritiene che, invece, l'ordine pubblico preceda, storicamente e logicamente, i diritti liberali.

[134] Per l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia cfr. G. FORNASARI, *Introduzione*, in G. FORNASARI – S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017, XVIII; C. FIORE, voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1084 ss.

[135] Sull'accezione materiale dell'ordine pubblico v. C. FIORE, voce *Ordine pubblico*, cit., 1084 ss.; V. MAIELLO, voce *Ordine pubblico (delitti contro),* in *Enc. del sole 24 ore*, Roma, 2008, 467 ss.; G. FORNASARI – S. RIONDATO, *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017. Nella manualistica: A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Padova, V, 2016, 177 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2012, 474 ss.; F. CONSULICH, *Reati contro l'ordine pubblico*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2016, 100 ss.

[136] Gli artt. 14 co. 3, 16 co. 1, 17 co. 3 Cost. fanno, infatti, riferimento ai motivi di "sanità", "incolumità" e "sicurezza pubblica".

[137] In tal senso A. SESSA*, Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da S. MOCCIA, V, Napoli, 2007, 12.

[138] In questo senso G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., 78 ss. Nella medesima prospettiva si pone il concetto di «sicurezza delle persone e della proprietà, del rispetto del domicilio e della libertà individuale» di G. RICCIO, *Ordine pubblico*, cit., 729 e S. MOCCIA, (voce) *Ordine pubblico*, cit., 3. Analogamente, L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nss. D.I*, XII, Torino, 1965, 130 parla di «salvaguardia dell'incolumità pubblica e della quiete collettiva».

Tuttavia, neppure tali distinzioni, declinate nello specifico tema delle limitazioni penalistiche alla libertà di espressione, si sottraggono a rilievi critici[139].

Da un lato, le accezioni che attribuiscono valore preminente alla componente soggettiva rischiano di generare «un diritto penale che si riavvolge nella tutela di se stesso, approntando strumenti sussidiari, amplificativi delle ordinarie tecniche di intervento, diretti a conseguire i medesimi fini cui è già inteso l'intero complesso delle norme incriminatrici»[140].

Dall'altro lato, anche le tesi che insistono sulla componente oggettiva si scontrano con la genericità dei concetti di pace e tranquillità sociale, confondendosi, ancora una volta, oggetto e *ratio* di tutela[141].

Del resto, la dottrina più moderna ha messo in evidenza che a livello costituzionale l'ordine pubblico materiale figura come limite solo per le libertà di riunione e domiciliare, non potendo estendersi al di là di tali previsioni[142].

Persino il tentativo di rielaborazione concettuale della stessa nozione di ordine pubblico in senso costituzionale tentato dalla Consulta è stato non soddisfacente. È vero, infatti, che il riferimento alla «preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi» rappresenta pur sempre la riproposizione di una concezione ideale di ordine pubblico[143].

Quanto fino ad ora esposto dimostra che la precedenza gerarchica degli interessi pubblici su quelli privati e la massima valorizzazione dello Stato-persona, propri dell'impostazione originaria del codice Rocco, influenzino profondamente i modelli di incriminazione dell'opinione[144].

La difesa aprioristica del potere e di chi lo detiene si traduce in fattispecie caratterizzate da *deficit* esasperati di determinatezza-tassatività, nonché dall'eccessiva anticipazione della tutela ai margini della libertà di espressione con conseguente estinzione della materialità della condotta e dell'offesa del fatto.

La tutela dell'ordine politico instaurato dal fascismo è approntata dalla previsione dei numerosissimi reati a sfondo ideologico previsti nel titolo della personalità dello Stato. Rispetto ad essi, i fatti illeciti posti a tutela dell'ordine pubblico rappresentano una sfera di tutela sostanzialmente residuale.

Con specifico riguardo a questi ultimi, poi, la polisemanticità del significato di ordine pubblico spiega perfettamente l'ambiguità di fondo che lo connota e che, stante la sua vocazione generalista, gli hanno

---

[139] Così, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa*, cit., 111.

[140] Così, G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., 124.

[141] In questo senso, G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., 46.

[142] In argomento, C. FIORE, voce *Ordine pubblico*, cit., 1084.

[143] A. SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., 32 sottolinea il rischio che tali forme di ortopedia giuridica conducano a manipolazioni al fine di tutelare interessi non sempre meritevoli di tutela. Favorevole a questa definizione appare G. MONTANARA, *Ordine pubblico (reati contro*), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 4004.

[144] Sui rapporti tra istanze politiche e tecniche di tutela cfr. E. GALLO - E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., 9 e R. MESSINA, *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello Stato*, Milano 1981, 94.

valso la qualificazione di «ripostiglio di concetti» (*Rumpelkammer*) in cui collocare quanto risulta difficile sistemare altrove[145].

La relativa nozione, anche se letta in chiave materiale, non è neutra da reflussi soggettivistici che la riportano a quella ideale, da cui, in fondo, è difficilmente distinguibile sotto un profilo strutturale.

É così dimostrato il carattere inafferrabile di tale concetto, nonché il suo condizionamento storico e la sua ontologica immaterialità, a meno che – come è stato proposto in alcuni tentativi di riforma legislativa[146] – non sia limitato ad una concezione minimale, identificata nella sicurezza pubblica nella sua variante oggettiva pura[147].

3.2. La religione come oggetto strumentale della tutela penale

La tutela penale della religione rappresenta uno degli ambiti in cui emerge, con più evidenza, la tendenza autoritaria del codice Rocco, rovesciandosi completamente la prospettiva assiologica della legislazione di matrice liberale.

Quest'ultima, riflessa nel codice del 1889, si fondava sull'idea di estraneità dello Stato al fenomeno religioso, nonché sul principio di pari protezione per tutte le credenze religiose, con l'unico limite dell'ordine pubblico e della pubblica morale[148].

Il mutato quadro politico, invece, in linea con il confessionismo del regime fascista, rende oggetto dell'intervento penale la religione nel suo complesso, quale fenomeno sociale che travalica i limiti del sentimento individuale[149].

Nell'impostazione originaria del 1930 si registra, invero, un rapporto istituzionale tra il culto e l'ordinamento. Pertanto, lo Stato si attribuisce, con l'art. 1 dei Patti lateranensi del 1920, la religione cattolica apostolica romana, così che l'attività diretta contro di essa appare diretta contro lo Stato medesimo che di quella religione è «titolare o tutore»[150].

---

[145] Il riferimento è al criminalista tedesco K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1922, 354, il cui pensiero è riportato da G. INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, II, Bologna, 2000, 294.

[146] Si ricordi che la Commissione Pagliaro per la riforma del Codice penale nel 1992 proponeva di sostituire l'attuale denominazione con quella di "reati contro la sicurezza collettiva".

[147] La gran parte della dottrina italiana condivide tale assunto. Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 3, Bologna 2002, 451; G. INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 207-208; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 238; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit.; C. FIORE, voce *Ordine pubblico*, cit.

[148] L. ALESANI, *I reati di opinione,* cit., 87 ss. rileva che il Codice Zanardelli fu l'unico a prevedere una disciplina fondata sulla protezione del sentimento religioso individuale, tanto è vero che i comportamenti contro le manifestazioni religiose risultavano inquadrati tra i delitti contro la libertà religiosa. Diversamente, tutte le altre normative ottocentesche, anche se di matrice liberale, mostrarono una forte tendenza – approdata poi nel Codice del 1930 – alla strumentalizzazione del sentimento religioso, incanalato nella religione di stato, come mezzo per un maggior controllo ideologico e politico.

[149] A. ROCCO, *Relazione ministeriale*, cit., V, II, 189.

[150] Così, T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., 56.

Ciò si riflette in una tutela qualitativamente differenziata in relazione alla diversa importanza che i culti presentano nell'ottica statale[151].

I reati contro la religione assumono una funzione politico-criminale precisa e di grande importanza per la tenuta dell'ideologia fascista di stampo eticizzante. In questo contesto, la religione (di Stato) rappresenta un potente strumento di parificazione e coesione della popolazione italiana e, in quanto tale, funge da fattore di legittimazione del regime in un'ottica promozionale per gli assetti istituzionali[152].

Come è stato autorevolmente rilevato, la tutela penale della religione nel codice Rocco evidenzia il «passaggio da un uso religioso della politica ad un uso politico della religione» che diviene uno dei principali strumenti di governo (*instrumentum regni*)[153].

In buona sostanza, si assiste ad una sua strumentalizzazione a fini pubblici che, estrinsecandosi nell'esigenza di mantenimento del contesto politico-istituzionale anche attraverso il controllo ideologico, ridimensiona l'individuo di fronte alle superiori necessità dello Stato etico.

La dimensione eminentemente pubblicistica delle norme è assicurata tramite diversi adattamenti strutturali: dalla configurazione dell'offesa alla religione come evento e non già contenuto del dolo specifico, alla perseguibilità d'ufficio e non già a querela, fino all'irrigidimento del trattamento sanzionatorio.

Tale pubblicizzazione della tutela penale della religione vale solo per la religione di Stato, mentre per gli altri culti ammessi residua la protezione – di matrice liberale – della sfera personale o reale.

Non si dimentichi, ancora, che la giurisprudenza dell'epoca predilige un'applicazione estensiva di tali fattispecie, andando a colpire ogni forma di offesa, anche solo ideologica, alla religione[154].

É così spiegato perché i reati contro la religione, che finiscono per penalizzare persino la mera espressione del pensiero, siano qualificabili, in virtù della pubblicizzazione degli interessi di cui sono protagoniste, reati di opinione indirettamente politici, diversamente da quelli – passati in rassegna nel paragrafo precedente – in cui la connotazione politica è diretta, per effetto della stessa *sedes materiae*.[155]

L'asservimento di interessi essenzialmente privati – come il sentimento religioso individuale – ad una protezione di impronta pubblica non viene del tutto meno neppure a fronte della progressiva laicizzazione del diritto penale in materia di religione, inaugurata dall'entrata in vigore della Costituzione, a cui avrebbe

[151] Da una parte, le fattispecie di vilipendio (art. 402) e bestemmia (724) contemplavano soltanto le offese alla religione cattolica. Dall'altro lato, per i medesimi fatti compiuti contro le altre religioni erano previste pene minori.

[152] Cfr. sul tema L. SPINELLI, *Appunti in tema di tutela del sentimento religioso nell'ordinamento penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1962, 374 ss.

[153] D. PULITANÓ, *Spunti critici in tema di vilipendio alla religione*, in *Riv. it. dir. proc. e pen*., 1969, 197.

[154] Si pensi all'orientamento (Cass. 23 novembre 1967, Nobilini, in *Giust. pen*., 1968) secondo cui il concetto di religione, quale oggetto materiale del reato di vilipendio, comprendeva anche suoi singoli aspetti o beni. Sul punto, E.G. VITALI, *Vilipendio della religione dello Stato*, Padova, 1964, 189.

[155] La riflessione è ripresa da L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 88.

dovuto seguire anche la secolarizzazione e cioè il progressivo declino del ruolo pubblico delle religioni sotto forma di controllo sociale[156].

Tanto è vero che la dottrina sottolinea l'esigenza di una radicale riforma del settore, non risultando sufficiente a tale scopo la novella del 2006 che ha, comunque, avuto il merito di smussare la risposta sanzionatoria e parificare completamente la tutela delle confessioni religiose abbandonando formalmente e definitivamente il concetto di "religione di Stato"[157].

3.3. I tipi criminosi: istigazione, apologia, propaganda e vilipendio

Il dato comune a tutti i reati di opinione, come configurati nel codice del 1930, è rappresentato dalla peculiare formulazione del fatto tipico, con conseguenze sull'anticipazione della tutela penale a fronte della personalità dello Stato, dell'ordine pubblico o della religione (di Stato).

In tutte queste ipotesi – istigazione, apologia, propaganda, vilipendio – si è in presenza di una non-definizione, così che la determinazione del fatto punito finisce con l'essere affidata al giudice del caso concreto[158].

Nel presente paragrafo, si proveranno ad indicare, avendo come riferimento – per il momento – l'assetto originario del codice Rocco –, i tratti generali di tali figure criminose, esulando dall'economia del presente lavoro un'analisi delle singole disposizioni[159].

Quanto all'istigazione, come si è già anticipato, la relativa incriminazione è posta a tutela non solo della personalità dello stato ma anche dell'ordine pubblico. Proprio a tutela di quest'ultimo, invero, è prevista la figura generale di istigazione pubblica a commettere uno o più delitti (art. 414 c.p.), assunta a modello per le riflessioni sulla materia[160].

---

[156] In argomento G. FLORA, *La tutela penale del "fatto religioso" tra Codice Rocco e Costituzione*, in *Criminalia*, 3, 2008. 97 ss. e G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., 168 ss. Analogamente, con particolare riguardo alla tormentata vicenda che ha coinvolto la dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia, cfr. anche F. PALAZZO, *La tutela della religione tra uguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. Pen.*, 1996, 47 ss. La permanenza delle norme in oggetto nel nuovo contesto democratico è invece giustificata da L. SPINELLI, *Appunti in tema di tutela del sentimento religioso nell'ordinamento penale italiano*, cit., 376 ss.

[157] Così T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., 57 e L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 88, 115.

[158] In tal senso, F. SGUBBI, *Meccanismo di aggiramento della legalità e della tassatività nel Codice Rocco, Dibattito su "Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*", in *La quest. crim.*, 1981, II, 319 ss.

[159] É vero che molte delle fattispecie presenti nell'impostazione originaria del Codice Rocco risultano oggi abrogate o modificate in via legislativa o costituzionale. Tuttavia, uno sguardo d'insieme delle stesse permette di chiarire l'assetto politico criminale originario dei reati di opinione, nonché di definire le condotte d'opinione che saranno oggetto di trattazione, anche con riguardo a profili di teoria generale del reato.

[160] Sulla fattispecie di cui all'art. 414 c.p., come modello di riferimento per le altre ipotesi istigatorie, cfr. G. DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 293. Sulla fattispecie cfr. anche A. GARGANI, sub *art. 414*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 3050; A. BARAZZETTA, sub *art. 414 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI - G. GATTA, Milano, 2015, 1550 ss.; G. FORTI, sub *art. 414 c.p.*, in *Commentario breve c.p.*, a cura di A. CRESPI - F. STELLA - G. ZUCCALÁ, Padova, 2003, 691 ss.

Rispetto ad essa il legislatore ha previsto diverse ipotesi speciali. Innanzitutto, l'art. 302 c.p. (istigazione privata) e l'art. 303 c.p. (istigazione pubblica)[161] si caratterizzano per l'oggetto della condotta punita, limitato a determinati delitti non colposi contro la personalità interna ed internazionale dello Stato, nonché per la punizione anche in forma privata dell'istigazione (art. 302 c.p.)[162].

Sempre a tutela della personalità dello Stato, l'art. 266 c.p. incrimina l'istigazione quale reato proprio, commesso necessariamente dai militari, con riguardo alla disobbedienza delle leggi. L'obiettivo, in quest'ultimo caso, è assicurare l'assoluta fedeltà dell'esercito allo Stato, tramite la repressione anticipata di qualsiasi comportamento che tenda a minare l'atteggiamento di cieca osservanza degli obblighi cui sono tenuti i militari in un ordinamento autoritario[163].

Con riguardo alla tutela dell'ordine pubblico, l'art. 414 c.p. è seguito dall'incriminazione dell'istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico e dell'istigazione all'odio tra le classi sociali (art. 415 c.p.).

La prima di tali fattispecie è segnata dal concetto di ordine pubblico che ne condiziona l'ambito applicativo. Sul punto, l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale dominante fino agli inizi degli anni Novanta, ha individuato nelle c.d. leggi di ordine pubblico l'insieme delle norme c.d. imperative, rispetto alle quali non è riconosciuta ai privati alcuna potestà dispositiva o derogatoria, in tal modo segnando una scelta repressiva per la disobbedienza ideologica[164].

Nella seconda ipotesi delittuosa contemplata dall'art. 415 c.p. si può ravvisare l'espressione più significativa della criminalizzazione delle opposizioni politiche[165]. Da un lato, l'oggetto della condotta istigatoria è l'odio tra le classi sociali. Dall'altro lato, non si richiede più il pericolo per la pubblica tranquillità[166].

---

[161] L'art. 303 c.p. è abrogato dall'art. 18 co. 1 l. 25 giugno 1999, n. 205.

[162] Sulle caratteristiche peculiari dell'art. 302 c.p. ed il distinguo con l'art. 414 c.p. cfr. C. GALDENZI, sub *art. 302 c.p.,* in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI-G. MARINUCCI, Milano 2006, 2055 e F. MARENGHI, sub *art. 302 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 1931. Gli Autori sottolineano come sia la peculiarità dei beni protetti a giustificare l'estensione della punibilità anche rispetto a condotte non caratterizzate dal requisito della pubblicità.

[163] Così, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV, cit., 321. Più in generale, sulle problematiche sollevate da tale reato cfr. D. NOTARO, sub *art. 266 c.p.*, in AA. VV., *Codice Commentato*, a cura di T. PADOVANI, cit., 1785.

[164] Sulle caratteristiche del reato di istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico cfr. G. DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., 300 ss.; A. GARGANI, sub *art. 415*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, cit., 3055 ss.

[165] In tal senso G. DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, cit., 301. Per la ricostruzione degli elementi costitutivi del reato di istigazione all'odio fra le classi sociali C. FIORE, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 491; L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione a disobbedire alle leggi*, cit., 1006; G. VASSALLI, *Propaganda 'sovversiva' e sentimento nazionale*, cit., 1095 ss. Sul tema, sono assai significative le osservazioni svolte da T. PADOVANI, *L'organizzazione della parte speciale*, in T. PADOVANI - L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., 43: «il solo fatto che si consideri meritevole di tutela un presunto 'rapporto armonico' tra le classi sociali (di cui lo Stato non si fa garante) la dice lunga sul modo in cui il Codice Rocco concepisce i conflitti sociali (o meglio, non li concepisce)».

[166] La soppressione dell'inciso "in modo pericoloso per la pubblica tranquillità", presente nella corrispondente ipotesi del Codice del 1889 ma oggetto di un'interpretazione abrogatrice da parte della giurisprudenza, è dovuta alla circostanza che, nell'ottica del legislatore fascista, il limite esplicito alle leggi di ordine pubblico rende superflua tale condizione. Sul punto, sono significative le indicazioni che emergono dai lavori preparatori (in argomento, L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 106 ss.).

Al di là delle differenze quanto a oggetto, soggetti attivi o requisiti modali della condotta, tutte le disposizioni richiamate non chiariscono cosa debba intendersi per istigazione, limitandosi a richiedere, nell'ambito della fattispecie oggettiva, l'efficacia causale dell'azione rispetto a quella oggetto della sollecitazione, secondo la forma del pericolo presunto[167].

La determinazione della relativa nozione – fondamentale ai fini della verifica della legittimità costituzionale dei reati in questione – dipende dalla funzione politico-criminale che si assume a fondamento della norma[168].

Se si fa riferimento all'ideologia politica dei compilatori del codice e si considera l'istigazione come strumento volto a tutelare l'ordine costituito, impedendo sentimenti ad esso contrari, i confini del concetto si dilatano enormemente. Sarebbero, perciò, ricomprese tutte le «condotte dirette ad eccitare, determinare, rafforzare o alimentare l'altrui risoluzione» e non solo «l'azione di colui che cerca di influire direttamente sulla volontà altrui con una particolare energia psichica motrice»[169].

La stessa indeterminatezza affetta anche le ipotesi di apologia che, dal greco *apó-logos*, significa «esposizione di ragioni a favore di una dottrina o di una persona confutando le critiche»[170].

Sotto il versante politico-criminale, l'apologia rappresentava, nell'ottica del legislatore del 1930, una figura di chiusura del cerchio repressivo, volta a punire tutti quei pensieri che «non esercitavano azione» ma che, nonostante ciò, risultavano pericolosi per l'assetto istituzionale[171].

Nel senso di valvola sussidiaria del sistema repressivo va letto sia l'art. 303 ult. co. c.p., posto a tutela della 'personalità dello Stato', sia l'art. 414 co. 3 c.p. per ciò che riguarda i delitti contro l'ordine pubblico. D'altro lato, l'apologia è stata anche autonomamente incriminata[172]. É il caso dell'apologia sovversiva o antinazionale di cui all'art. 272, co. 3 c.p., novità del codice del 1930 nella repressione penale del dissenso politico[173]. Quest'ultima, come risulta dal raffronto con gli artt. 266 e 303 c.p. applicabili nel caso di fatti commessi pubblicamente, e nelle interpretazioni che ne fa la giurisprudenza (anche costituzionale)[174],

---

[167] Insiste sulla struttura causalmente orientata delle fattispecie di istigazione F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli, 2004, 174.

[168] E. GALLO - E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., 99.

[169] Così, P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971, 165.

[170] Così, G. LA CUTE, (voce) *Apologia e istigazione*, in *Enc. giur. Trec.*, XIX, Roma, 1988, 1.

[171] Così, V. ARANGIO-RUIZ, *Il diritto di stampa*, cit., 331.

[172] Vi sono anche altre fattispecie apologetiche autonome non classificabili come tipici reati di opinione. Il riferimento è all'art. 269 c.p. (attività antinazionale all'estero), all'art. 304 c.p. (cospirazione politica mediante accordo), all'art. 305 c.p. (cospirazione politica mediante associazione). Si tratta di fattispecie in cui, nell'ottica originaria del legislatore del 1930, si finiva per colpire anche l'opinione dissenziente (F. BRICOLA, voce *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, cit.,122 ss.)

[173] Anche se la fattispecie è stata abrogata dall'art. 12 l. n. 85/2006, appare significativa la riflessione di G. MARCONI, *Apologia sovversiva, violenza scritta ed eversione ideologica*, in *Giur. mer.*, 1979, 1179, il quale ritiene tale forma di apologia una «norma che più emblematicamente di ogni altra esprime una intensa portata persecutoria».

[174] Il riferimento è a C. cost., 6 luglio 1966, n. 87. In senso critico rispetto alla presa di posizione costituzionale C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit. e V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV, cit., 620.

finisce per incriminare non già azioni ma pure manifestazioni del pensiero insidianti gli ideali del fascismo e, per ciò solo, pericolose[175].

Sulla nozione di apologia e, conseguentemente, sulla ampiezza della sua rilevanza penale il dibattito non si è mai sopito del tutto.

Fino agli anni Settanta, la stessa fu utilizzata dalla giurisprudenza come il più inflessibile strumento di protezione dell'ordine pubblico autoritario: mera fattispecie di condotta a pericolo presunto per la quale era sufficiente, sul versante oggettivo, «il semplice giudizio favorevole espresso su un fatto costituente reato che implicasse approvazione convinta dell'episodio»[176] e, sul versante soggettivo, la mera coscienza dell'illiceità del tipo di condotta oggetto di apologia[177].

I giudici di merito e di legittimità sono sempre rimasti piuttosto refrattari a recepire i suggerimenti della dottrina e della giurisprudenza costituzionale[178] che ne proponevano, invece, una rilettura in chiave di istigazione indiretta, nel tentativo di limitare la punibilità a quei soli fatti concretamente idonei a provocare la condotta esaltata[179].

Tra i reati di opinione anche l'incriminazione della propaganda sconta di un *deficit* di determinatezza, di cui si sono fatti carico, nel tempo, gli interpreti. Il riferimento è – attestandosi per il momento al codice del 1930 – alle ipotesi abrogate della propaganda sovversiva ed antinazionale (art. 272 co. 1 e 2 c.p.)[180].

Ancora una volta la nozione, di per sé neutra, va letta in relazione alla *ratio* politico-criminale che si attribuisce alla norma, da ravvisare nella volontà di colpire la diffusione di idee contrarie agli obiettivi politici dello Stato[181]. Seguendo tale impostazione, la propaganda consisterebbe anche in semplici discorsi logici, risolvendosi nel «dare verbo ad una mera *cogitatio*»[182].

Il concetto è stato, però, chiarito dalla Consulta che, nel dichiarare incostituzionale soltanto la propaganda antinazionale, salvò quella sovversiva perché intrinsecamente diretta al ricorso alla violenza e a sovvertire l'ordine sociale e quindi volta a tutelare il metodo democratico nel nuovo contesto repubblicano[183].

---

[175] C. FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione*, cit., 489 evidenzia, altresì, i rischi derivanti da un possibile concorso tra il delitto istigato e la sua apologia pubblica o privata.

[176] G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile*, cit., 55 esprime un giudizio severo su tale orientamento che ridurrebbe l'apologia punibile a un «semplice gioco di parole».

[177] In tal senso, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 153 sottolinea che la giurisprudenza dell'epoca non considerava necessario che l'agente conoscesse il carattere delittuoso del fatto elogiato né che avesse l'intenzione di avviare terzi al delitto: il delitto di apologia sarebbe, allora, sempre doloso.

[178] Corte cost., sent. n. 65/1970, in *Arch. pen.*, 1970, vol. XXVII, 15 ss., con nota di C. FIORE*, Libera manifestazione del pensiero e apologia di reato*, cit., che riconosce la svolta radicale dell'orientamento rispetto a quello precedente. La sentenza è commentata anche da G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile*, cit., 18 ss.

[179] La dottrina ha sottolineato una sostanziale continuità della giurisprudenza nel configurare l'apologia come reato di pericolo presunto anche nell'attuale ordinamento democratico. Sul punto, cfr. G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile*, cit., 41; G. MARCONI, *Apologia sovversiva, violenza scritta ed eversione ideologica*, cit., 1181. Più di recente, P. CIRILLO, *Istigazione e apologia nei recenti (dis)orientamenti giurisprudenziali*, *Dir. pen. proc.*, 2019, 9, 1292 ss.

[180] L'articolo risulta abrogato, in tutti i suoi commi, dall'art. 12, L. 24 febbraio 2006, n. 85.

[181] A. ROCCO, *Lavori preparatori*, cit., 56.

[182] Così, G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale*, cit., 1101-1102.

[183] Corte cost., 6 luglio 1966, n. 87. L'arresto è criticato in G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale*, cit., 1100 (*contra*: G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, cit., 486).

Il messaggio che va al di là della singola fattispecie sindacata è che, ai fini dell'integrazione della nozione di propaganda, è sempre necessario un discorso teleologico che, plasmando le volontà politiche dei destinatari e predisponendo gli animi alla disobbedienza, presuppone l'inizio d'azione[184].

Come si è già anticipato, nel sistema dei reati di opinione c.d. d'offesa figurano anche diverse ipotesi di vilipendio, politico e religioso.

Alcuni di questi delitti sono stati abrogati o interessati da declaratorie di incostituzionalità ma nessuno di essi contiene una definizione del termine che, perciò, costituirebbe un elemento normativo extragiuridico[185]. Il riferimento alla nozione di «tenere a vile», intesa come negazione di ogni prestigio e manifestazione del proprio disprezzo, è apparso troppo generico e non idoneo a tracciare il confine con altre fattispecie che, pure, presentano una condotta dispregiativa dell'altrui onore[186].

Il *discrimen* è stato, perciò, individuato nei differenti beni giuridici protetti, così che il vilipendio consisterebbe nel disprezzare il valore simbolico dell'oggetto materiale o del soggetto passivo del reato, ravvisato nel relativo prestigio[187].

Tale ricostruzione, in linea con la tutela che il legislatore fascista approntava alle proprie strutture concepite in ottica sacrale, andrebbe però adeguata al nuovo contesto costituzionale, facendo riferimento al profilo funzionale dell'istituzione[188] o al pericolo di rovesciamenti degli assetti politici e sociali dominanti[189] o, ancora, al pericolo di disobbedienza[190].

Il rischio è però sottrarre all'area di tutela della libertà di espressione le condotte di vilipendio, in ottica di deriva autoritaria della repressione penale del dissenso politico[191].

Si tratta, a ben vedere, di un pericolo registrabile in relazione a tutte le fattispecie d'opinione passate in rassegna. L'indeterminatezza delle formule normative utilizzate dai compilatori del codice serve alla creazione di un'ampia area di incriminazione, i cui confini elastici possano essere gestiti, nella fase

---

[184] In questo senso, fra tutti, cfr. G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà*, cit. 1041 ss.; P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., 164 ss. e A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, 1180.

[185] In questo senso, S. PROSDOCIMI, (voce) *Vilipendio (reati di)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 738.

[186] Emblematica in tal senso è l'espressione di G. CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, in *Ind. Pen.*, 3, 1970, 549 che considera il vilipendio una formula ambigua «dove tutto può entrare, a seconda delle simpatie o delle antipatie, e dove tutto sa di arbitrio e di abuso».

[187] Così, S. PROSDOCIMI, voce *Vilipendio (reati di)*, cit. D'altro lato, S. MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953, 21 annovera anche i reati di offesa nei reati di vilipendio *lato sensu* inteso.

[188] Così, S. PROSDOCIMI, voce *Vilipendio (reati di)*, cit.; G. BOGNETTI, *Vilipendio del governo e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1960, 956. La medesima ricostruzione sembra seguita anche con riguardo ai reati d'offesa da C. cost., 20 gennaio 2004, n. 24, in *Cass. pen*., 2004, IV, 1158, con nota di G. ROMEO, *Modelli normativi orwelliani al vaglio della Consulta*, 1172, in *Giur. it.,* 2004, 1790. Più recentemente, nello stesso senso anche Corte cost., 15 gennaio 2013, n. 1 ha ritenuto la serenità dell'esercizio delle funzioni del Presidente della Repubblica un supremo principio di rilievo costituzionale.

[189] Così, G. BOGNETTI, *Vilipendio del governo e principi costituzionali di libertà d'espressione*, cit., 959.

[190] Così, Corte cost., 23 novembre 2000, n. 531 in *Giur. it.*, 2001, I, 1317, con nota di A. GIANNOTTI, *Vilipendio alla bandiera nazionale da parte del militare in servizio: al vaglio della Corte costituzionale l'eccessiva severità del Codice penale militare di pace*.

[191] Sulla difficile delimitazione tra critica legittima e vilipendio delittuoso v. C. FIORE, *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, in *Quale giustizia*, 1974, 271 ss.

applicativa, a seconda delle contingenze del momento storico. É evidente, però, che l'indeterminatezza di tali incriminazioni rende assai difficile persino tracciarne una differenza chiara e prevedibile.
lì vero significato della distinzione legislativa tra le varie forme di condotte d'opinione è, allora, proprio quella di estendere la punibilità a quelle forme di manifestazione del pensiero che, per le loro modalità di tempo, di luogo e di consistenza dialogica, evidentemente istigatorie non sono, perché non possono apparire idonee a provocare la commissione di delitti.

3.3.1. Le fattispecie d'opinione nella teoria generale del reato: i rapporti con l'art. 115 c.p.

Il risultato è che il sistema dei reati in esame risulta piegato alla criminalizzazione della mera ideologia, quale forma sintomatica di un diritto penale d'autore volto a punire il mero atteggiamento interiore, seppure manifestato con un'opinione[192].
Volendo tradurre tali riflessioni a livello di teoria generale del reato va detto che le fattispecie in esame, per come strutturate, si presentano connotate dal pericolo presunto, idoneo a determinare una sensibile anticipazione della tutela penale a fasi largamente antecedenti a quelle segnate per i reati comuni.
Così come normativamente costruite, esse derogano al principio generale della non punibilità dell'istigazione non accolta, previsto dall'art. 115 c.p.[193] Questa disposizione sancisce la regola dell'irrilevanza dell'istigazione a commettere un reato, qualora questa non sia accolta, oppure sia accolta ma il reato non è commesso. Tant'è che in questi casi al giudice residuerà la sola possibilità di irrogare una misura di sicurezza all'istigatore (c.d. quasi reato).
In questo senso, è privo di rilevanza penale ai sensi dell'art. 110 c.p. il c.d. tentativo di concorso, sussistente quando l'istigazione o l'accordo non sia seguito dalla commissione di un reato da parte dei concorrenti o, anche, quando questo sia realizzato ma non sussista un nesso causale o di agevolazione[194].
La regola della tendenziale irrilevanza delle condotte meramente preparatorie avrebbe portata generale e si applicherebbe non soltanto alle istigazioni e agli accordi ma a tutte le condotte di agevolazione morale. Così, l'art. 115 c.p. starebbe alla disciplina del concorso come l'art. 56 c.p. starebbe a quella del tentativo. É ammissibile, invece, il concorso nel delitto tentato; vale a dire che per aversi punibilità *ex* art. 110 c.p. è necessaria la realizzazione di una fattispecie oggettiva di reato, quantomeno nella forma del tentativo. E infatti, l'istigazione accolta e seguita dalla commissione di un delitto (anche tentato) rappresenta una delle due principali modalità del contributo del concorrente, sottoforma di sollecitazione morale[195].

[192] A tale risultato arriva F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., 140.
[193] Sulla disciplina concorsuale e i rapporti con i reati d'istigazione cfr., *ex multis*, C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 506; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., 160-161; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 25 ss.
[194] Per la distinzione tra tentativo di concorso e concorso nel tentativo, con specifico riguardo all'istigazione, cfr. V. MORMANDO, *L'istigazione. Problemi generali della fattispecie e rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, 26.
[195] In generale sulla rilevanza penale del contributo concorsuale (anche morale) cfr., *ex multis*, A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 14 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*,

L'art. 115 c.p. contiene, però, una clausola di riserva che, ammettendo deroghe al principio, ha legittimato la proliferazione di un ampio novero di fattispecie *lato sensu* istigatorie autonome ed autosufficienti[196].
La portata sistematica dell'art. 115 c.p. è, a tutt'oggi, assai discussa in dottrina, con conseguenze rispetto alle qualificazioni dei reati in esame[197].
Una prima tesi ritiene che si tratti di una norma di disciplina. Essa, come si è anticipato, stabilisce la soglia minima di punibilità del tentativo, in relazione all'istigazione e all'accordo sterili, ma non conferma sul piano dogmatico la distinzione tra atti esecutivi e preparatori, né pone una regola generale di irrilevanza di questi ultimi[198].
In mancanza di tale disposizione, infatti, la responsabilità *ex* art. 56 c.p. tenderebbe ad espandersi enormemente. Nell'art. 115 c.p. residuerebbe, quindi, una valutazione di opportunità politico-criminale volta a giustificare deroghe rappresentate dalle sole fattispecie istigatorie speciali e non in generale attraverso l'ampliamento del limite minimo di punibilità del tentativo.
Ad avviso di altri Autori, invece, nell'art. 115 c.p. dovrebbe leggersi una disposizione di parte generale a funzione garantistica che fissa le condizioni, in linea con materialità e offensività, al cospetto delle quali valutare la legittimità o meno delle norme speciali.
Tuttavia, mancando chiare indicazioni in tal senso, si è finito per ammettere anche il tentativo di istigazione, a dispetto dell'orientamento maggioritario che esclude la punibilità del tentativo nei reati di pericolo[199].
Ne è derivata la considerazione per cui la disposizione generale sulle condizioni di rilevanza penale dell'istigazione sia rappresentata dall'art. 110 c.p., più che dall'art. 115 c.p. Le fattispecie istigative speciali costituirebbero non già una deroga al principio di irrilevanza del mero accordo/istigazione, bensì un problema di compatibilità con la disciplina del concorso. Ciò comporta la necessità che siano determinati oggetto e destinatari, non potendo risultare punibile il contributo non concernente un reato determinato e non indirizzato ad una categoria limitata di soggetti.
L'attribuzione di un ruolo esegetico primario all'art. 110 c.p. significa, allora, disporre di un punto di riferimento completo, che sposti i termini della questione dalla affermazione dell'irrilevanza della mera

---

cit., 465; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, sub *art. 110 c.p.*, in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, cit., 1117; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 261.
[196] Sul punto, cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 478. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, cit., 162; E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961, 12.
[197] Per le ricostruzioni sistematiche seguite in dottrina sull'art. 115 c.p. cfr. BERGAMASCO, sub *art. 115 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011, 910. Secondo una tesi, la norma in esame fonderebbe anche la teoria dell'accessorietà sul fondamento dogmatico del contributo concorsuale atipico. In questo senso A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., 67 s.; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., 22 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 503 ss.
[198] La tesi è seguita da BERGAMASCO, sub *art. 115 c.p.*, cit., 910; L. VIOLANTE, (voce) *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 990; P. TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato,* in *Studi Delitala*, III, Milano, 1985, 1597.
[199] In questo senso cfr. V. PATALANO, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Napoli, 1975 e G. LA CUTE, (voce) *Apologia e istigazione*, cit., 5 e 6.

istigazione all'irrilevanza dell'istigazione non seguita dalla realizzazione del reato-scopo[200]. Per definizione, infatti, nelle fattispecie speciali *lato sensu* istigatorie la punibilità prescinde da alcun secondo termine di riferimento.

4. Il paradigma originario comune: il carattere autoritario di matrice pubblico-statuale

Il quadro appena tracciato mette in evidenza come il codice Rocco chiuda il ciclo liberale della codificazione unitaria, con un sostanziale ritorno alle origini nella prospettiva del *crimen laesae maiestatis*, anticipando l'intervento penale ai margini della libertà di espressione.

L'analisi ha dimostrato, invero, come i reati di opinione siano sostanzialmente attratti nella materia del delitto politico con una sostanziale coincidenza tra le due figure[201].

Da un lato, la repressione del dissenso politico e ideologico trova la propria *sedes naturalis* proprio nei reati politici, contenuta come è nel titolo – politico per antonomasia – della personalità dello Stato ed in quello – strategico – relativo all'ordine pubblico, da intendere, però, date le difficoltà di sussunzione in una concezione materiale, nella – tanto generica quanto inafferrabile – accezione ideale.

Dall'altro lato, neppure gli altri settori di tutela – si pensi ai reati contro la religione – sfuggono dalla connotazione essenzialmente politica, in virtù del fenomeno di pubblicizzazione degli interessi protetti.

Il connotato di politicità dei reati di opinione si riflette nell'asservimento della categoria all'ideologia autoritaria che pone lo Stato e le sue istituzioni assolutamente al di sopra del singolo cittadino-suddito e che utilizza, a tale scopo, l'elemento religioso quale ulteriore collante e valore-simbolo.

Si tratta dell'effetto del processo di personificazione dello Stato, già inaugurato con i codici ottocenteschi, a seguito del quale viene attribuita ad esso, ai suoi organi e alle sue istituzioni, la tutela dell'onere e del prestigio in forza del superiore ruolo pubblico, con la conseguenza che la dimensione della tutela dell'onere dello Stato-persona appare nettamente prevalente sulla dimensione della tutela dell'onore della persona[202].

In questo quadro, il codice del 1930, ereditando dalla legislazione liberale un terreno fertile su cui rafforzare le basi della lotta agli oppositori politici, funzionalizza i reati di opinione alla repressione del mero dissenso politico e ideologico.

---

[200] Seguono questa tesi F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., 168 e 169 e V. MORMANDO, *L'istigazione. Problemi generali della fattispecie e rapporti con il tentativo*, cit., 9 ss.

[201] Così, M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, cit., 91 ss. L'Autore, nel ricostruire sistematicamente i reati politici attraverso un'analisi che privilegia i profili strutturali delle fattispecie, classifica i reati di opinione del Codice Rocco nei delitti «a condotta politica», in cui cioè la politicità dell'interesse ricade sulla condotta. Sull'identificazione tra reato politico e reato di opinione cfr. anche L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 167 ss.

[202] Per una critica a tale impostazione cfr. M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, cit., 533 ss.

L'obiettivo politico-criminale diventa apprestare una tutela preventiva a tutte le forme di opinione che possano seriamente porre in discussione le basi del potere politico, includendo anche le mere ideologie di contestazione del sistema.

Lo scopo di neutralizzare, innanzitutto, i raggruppamenti politici avversi al regime viene assicurato tramite la criminalizzazione di ogni tipo di propaganda o proselitismo, finanche si tratti di comunicazioni individuali e private.

Si finisce, così, anche per effetto degli esposti orientamenti giurisprudenziali estensivi e a causa dell'incapacità della comunità dei giuristi di opporsi all'invito a tenere «gli occhi al cielo», per assicurare un'ampia e severa repressione al pensiero sovversivo in quanto tale[203].

La criminalizzazione delle opinioni serve al processo di potenziamento in senso autoritario dell'ordinamento fascista e permette, in quel preciso contesto, di allineare le coscienze individuali alla fisionomia ideologica del regime[204]. In questo senso, si è detto che il sistema autoritario dei reati di opinione, idoneo non solo a prevenire la diffusione di pensieri avversi ma anche a punire il mutamento di opinioni sgradite, si colora di una intrinseca vocazione totalitaria[205], esigendo una dedizione e fedeltà incondizionate al regime[206].

É vero che la caduta del fascismo ridimensiona inevitabilmente tali profili. Tuttavia, la struttura dei reati di opinione, corrette per via legislativa o costituzionale le storture più evidenti, rimane sostanzialmente immutata. Sicché, anche nell'ordinamento democratico-costituzionale, la dimensione intrinsecamente politica di tali fattispecie continua a rappresentarne un connotato imprescindibile[207].

Ciò conduce ad un duplice effetto (negativo)[208], ravvisabile tanto nell'affievolimento della sussidiarietà della sanzione penale nella tutela dei beni giuridici, quanto nella svalutazione della protezione della sfera personale nella configurazione dei reati di opinione che, quantomeno nell'impostazione codicistica originaria, continuano ad essere interpretati in un'ottica pubblico-statuale di conservazione degli assetti istituzionali.

---

[203] Il riferimento è a M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVIII, 1999, II, 829 ss. L'opera contiene una interessante e completa ricostruzione dei rapporti tra dottrina penalistica e regime fascista.

[204] In L. SALVATORELLI – G. MIRA, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, Torino, 1964, 392 ss. sono elencati, a titolo esemplificativo, una lunga sequela di condanne per reati di opinione inflitte dal Tribunale speciale, sintomatiche del clima autoritario dell'epoca

[205] Su rapporti tra autoritarismo e totalitarismo cfr. H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, New York, 1966, trad. it. a cura di A. GUADAGNIN, Torino, 2009, 427.

[206] Nel senso che il sistema repressivo del dissenso rappresenta, nello studio delle tecniche del potere autoritario, un sistema istituzionale di produzione della verità F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, cit., 208.

[207] Per un bilancio sul Codice Rocco a cinquant'anni dalla sua emanazione v. P. SEMERARO, *Il Convengo su "il Codice Rocco cinquant'anni dopo*", in *Ind. Pen*., 1981, 468 ss.; T. PADOVANI, *La sopravvivenza del Codice Rocco nell'età della decodificazione*, in *La questione criminale*, 1981, 98 ss., 89; L. STORTONI*, Fallimento di una riforma penale e impossibilità di un nuovo Codice penale nel presente momento storico*, *Dibattito su "il Codice Rocco cinquant'anni dopo"*, in *La quest. crim.*, 1981, II, 275.

[208] L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 137.

Da questa prospettiva, congegni repressivi del tipo di quello ipotizzato dall'art. 272 c.p., mero reato di opinione sia pure in senso lato, non perdono la loro impronta tendenzialmente autoritaria neppure se il compito loro affidato diventa di difesa del sistema democratico dal terrorismo eversivo[209].

5. L'insuccesso (solo apparente) dei postulati teorici del liberalismo del Codice Zanardelli

La configurazione e l'estensione del campo applicativo dei reati di opinione nel Codice Rocco dimostra, a un primo approccio, il fallimento dei postulati teorici del pensiero liberale.

Una simile ideologia, in parte riflessa (con le contraddizioni già esaminate) nelle codificazioni ottocentesche preunitarie, avrebbe dovuto trovare nel Codice Zanardelli del 1889 la sua massima estrinsecazione. È indubbio che il punto di forza di tale legislazione doveva consistere proprio nel rimuovere i difetti delle normative penali anteriori, informando gli istituti ai nuovi valori dello Stato liberale[210].

Si spiega, così, fra l'altro, l'intitolazione dei delitti previsti dal Titolo I del Libro II. Rifiutando il riferimento di ascendenza autoritaria alla – amplissima – personalità dello Stato – adottato successivamente dal Codice del 1930 – ed allontanandosi dal modello dei reati di maestà, il Guardasigilli aveva optato per la più restrittiva denominazione di reati contro la "sicurezza dello Stato".

L'obiettivo era evidente: circoscrivere la tutela penale degli interessi statuali entro una «sfera di protezione minima» connessa a quelle sole esigenze politiche che concernessero la sicurezza dello Stato[211].

Ne era prova anche il numero quantitativamente contenuto di fattispecie poste alla protezione di siffatto bene giuridico, nonché la generale mitezza del trattamento sanzionatorio irrogato[212].

Che tali rilievi, per quanto suggestivi, siano sufficienti a ritenere che la promulgazione del Codice Rocco abbia segnato, rispetto alla prospettiva liberale, una svolta radicale in senso marcatamente autoritario nella materia dei delitti politici e, in particolare, dei reati di opinione non è però assunto scontato[213].

---

[209] G. FIANDACA, *Il Codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, cit., 81-82.

210 Così, G. VASSALLI, *Codice penale*, in *Enc. dir.*, VII, Varese, 1960, 269 e E. DOLCINI, *Codice penale*, in *Dig. dis. Pen.*, II, Torino, 1988, 275.

[211] C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 14.

[212] Valga per tutti, con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 303 c.p., il passaggio dalla reclusione da tre mesi ad un anno a una pena detentiva da tre a dodici anni.

[213] In merito al dibattito sulla continuità istituzionale o sulla rottura autoritaria del Codice Rocco con il Codice Zanardelli, si esprimono a favore della prima, C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 14 ss.; E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., 18 ss.; G. FIANDACA, *Il Codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, cit., 72 ss. («il Codice Rocco rimane pur sempre inquadrabile in un modello astratto di risposte repressive potenzialmente non estranee alla fase liberale-autoritaria di uno Stato borghese»); A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 52 ss. Sul tema, anche se non specificamente con riguardo ai reati di opinione, v. G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, Milano, 1985, 47 ss.; R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1984, 153; P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del Codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Pol. dir.*, 1979, pp. 261 ss.; P. CARETTI, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in E. CHELI (a cura di), *La fondazione della Repubblica*, Bologna, 1979, 115 ss.

Tutt'altro. Una più attenta analisi – che dia conto dei rapporti tra le due codificazioni, della tipologia di crimini di opinione già presenti nel Codice Zanardelli, degli orientamenti interpretativi che ne contrassegnano l'applicazione e dei precedenti legislativi – ridimensiona notevolmente il nodo della natura autenticamente ed esclusivamente liberale della legislazione del 1889.

Sul punto, va detto che, sebbene nei Lavori preparatori al codice Rocco il criterio di particolare rigore che lo informa verrà ricondotto ad una concezione dei rapporti tra Stato e cittadino profondamente innovativa[214], la dottrina più attenta ha riletto il legame con la normativa precedente, non già in chiave di rottura di una continuità, ma al più come forma di «sublimazione autoritaria» del sistema penale liberale[215].

Si considera, invero, che la repressione della manifestazione del pensiero abbia subito un aggravamento quantitativo e non un'alterazione qualitativa nel passaggio dal codice emanato in epoca liberale a quello voluto dal fascismo, essendosi verificato, essenzialmente, un mero inasprimento sanzionatorio[216]. In effetti, nel Codice Zanardelli non mancavano incriminazioni ai margini della libertà di espressione[217], alla quale, peraltro, il legislatore intendeva rendere omaggio. Addirittura, esse apparivano aumentate se confrontate con le precedenti legislazioni ottocentesche, da cui si prese ispirazione per affinare le ipotesi di vilipendio[218], elaborare le previsioni sull'apologia del reato ed accrescere le fattispecie di istigazione, dimostrando una «recrudescenza di rigore in materia politica».

La dottrina dell'epoca sollevò critiche piuttosto dure nei confronti di tali fattispecie che si presentavano vaghe e indeterminate, oltre che caratterizzate da incoerenze e contraddizioni sul piano sanzionatorio e che, in ultima istanza, apparivano ingiustificate. Si osservava, infatti, che esse, finendo per circoscrivere sensibilmente la libertà di espressione per difendere l'assetto politico-istituzionale dai rischi di sovvertimento, erano intrise di una dimensione strettamente politica[219].

---

[214] A. ROCCO, *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, cit., 8.

[215] A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 57 ritiene tale impostazione compatibile anche con la posizione della Corte costituzionale, la quale, pur riconoscendo che alla base del Codice vigente vi sia una concezione autoritaria propria del regime in cui fu concepito, ha rifiutato il criterio della *ratio* storica per l'interpretazione delle principali figure di reati di opinione (cfr. C. cost. n. 109 del 1968, in *Giur. Cost.*, 1968, 1704 e C. cost., sent. n. 290 del 1974, in *Giur. cost.*, 1974, 2988).

[216] Così, G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile*, cit., 65; G. FIANDACA, *Il Codice*, cit. 73 ss.; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., cap. I.

[217] Decisamente più netto, rispetto alle codificazioni preunitarie, è il cambiamento nel tipo di tutela apprestata al sentimento religioso dal Codice Zanardelli che, scomparsa ogni discriminazione tra religioni, tutela genericamente i "culti ammessi nello Stato", profilando come bene la libertà del singolo di professare ed esercitare qualsiasi fede religiosa. Sul tema, più di recente, v. L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 85 ss. e M.C. IVALDI, *La tutela penale in materia religiosa nella giurisprudenza*, cit., 2, 6.

[218] Nello specifico si creò un vero e proprio sistema dei reati di vilipendio che, a partire dall'offesa al Re, alla Regina, al Principio ereditario e al Reggente (art. 122), si estendeva a tutelare il decoro e la dignità delle Camere legislative (art. 123), nonché il prestigio delle istituzioni costituzionali dello stato (art. 126). Sul tema cfr. E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, cit., 383 ss.

[219] Sul tema v. E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del Codice penale vigente*, cit., 736 ss.; F. COLAO, *Il delitto politico*, cit., 1 ss.; M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, cit., 608 ss.

Le preoccupazioni maggiori derivavano dall'uso che ne avrebbe fatto la giurisprudenza. Uso che diede ragione ai suoi critici, se si considera che l'orientamento seguito dalla Corte di Cassazione fu, in quegli anni, particolarmente estensivo e repressivo, tanto da essere considerato un formidabile strumento di lotta politica[220]. É emblematico il caso dell'incitamento alla disobbedienza della legge in cui, a dispetto della formulazione letterale, si faceva rientrare anche il mero disprezzo[221]. Nello stesso senso, il reato di istigazione all'odio fra le classi veniva considerato caratterizzato da un pericolo presunto, senza che si procedesse a verificare l'effetto, richiesto *expressis verbis*, sulla pubblica tranquillità222.

Le scelte tecniche espresse dal Codice del 1889 riflettevano, evidentemente, ancora una volta, la tendenza repressiva volta a salvaguardare le basi dello Stato e della società con lo strumento penale[223].

In questo senso, nonostante le preoccupazioni paventate nel corso dei suoi lunghi lavori preparatori[224], la codificazione liberale finiva per registrare un profondo legame con le legislazioni preunitarie, di cui raccolse ampiamente la lezione. Analogamente, in una sorta di richiami e influenze incrociate, le previsioni del Codice Rocco, laddove si distaccano marcatamente dal Codice Zanardelli, svelano più remote ascendenze rinvenibili, appunto, nel codice del 1859, nell'Editto sulla stampa e nel codice del 1839[225].

Quanto detto dimostra l'inevitabile superamento dell'impostazione che insiste sulla matrice e sul carattere ontologicamente fascista dei reati di opinione[226]. Piuttosto, si registra una sorta di costanza nella nostra tradizione legislativa a servirsi del diritto penale per difendere l'attuale modo di essere della società e dello Stato, anche in contesti assai diversi da quelli strettamente autoritari[227].

---

[220] L. MAJNO, *Commento al Codice penale italiano*, Verona, 1890, 699 ss. ritiene che la prassi giudiziaria, attraverso l'applicazione di tali norme, concretò «atti di politica e non di giustizia».

[221] C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 29, ricorda come le espressioni "evviva la bandiera rossa", "avanti tutti alla riscossa", "abbasso il re" costituivano, secondo la giurisprudenza, istigazione a delinquere.

[222] Sul punto, è emblematica la critica mossa da G. ESCOBEDO, *A proposito del reato di incitamento alla disobbedienza della legge e d'istigazione all'odio tra le classi sociali*, cit., 1441.

[223] Sulle ragioni e i limiti del tipo di repressione della devianza politica a cui furono chiamati legislatore, giudici e giuristi, nell'arco di tempo che va dalla preparazione del Codice Zanardelli fino alla legge, 21 marzo 1915, n. 273 v. M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, cit., 612 ss.

[224] Da G. ZANARDELLI*, Relazione a. S.M. il Re del Ministro Guardasigilli nell'udienza 30 giugno 1889 per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale*, Napoli, 1890, 62 emerge, vivissima, la preoccupazione che nell'incriminare i delitti contro la sicurezza dello Stato si creassero puri reati di opinione. Viene, infatti, dichiarata espressamente l'intenzione di non volere «porre patoie alla libertà di pensiero» o impedire «quella tranquilla discussione che non offende gli ordini costituzionali ma che anzi ne avvalora il prestigio».

[225] C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 15.

[226] L'orientamento dottrinale che riconosce il carattere eminentemente fascista dei reati di opinione è riconducibile, tra gli altri, a G. VASSALLI, *Propaganda sovversiva e sentimento nazionale*, cit., 1095 ss.; D. PULITANÓ, *Giudice negli anni '70*, Bari, 1977, 235; A. GAMBERINI*, I «pensieri leciti» della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 672; A. MITTONE, *Il Codice repressivo*, in *Biblioteca della libertà*, 1970, 25, 19. Assai critico con questa impostazione è A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, 52 ss., il quale, con lucidità, ritiene che l'equiparazione dei reati di opinione con i reati fascisti sia un «luogo comune da ridimensionare».

[227] In questo senso, G. FIANDACA, *Il Codice*, cit., 80 ss. e T. PADOVANI, *La sopravvivenza del Codice Rocco nell'età della decodificazione*, cit., 98 ss. ritengono piuttosto sterile «continuare alla demonizzazione del Codice Rocco, comodo idolo polemico che copre l'assenza di reali alternative». Per una critica a tale impostazione: G. MARINUCCI, *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in *La questione criminale*, 1981, 2, 297 ss.

Ciò è confermato dalla circostanza per cui la tutela rafforzata degli assetti pubblici – è vero, con terminologie di volta in volta differenti – inaugura sempre, con storica sistematicità, e fin dal periodo illuminista, le parti speciali delle codificazioni[228].

Alla base vi sarebbe «il timore che uno spregiudicato esercizio della libertà di espressione possa travolgere, con la vecchia cultura e le vecchie istituzioni, anche le basi attuali del potere politico, appena attestato sui difficili equilibri dell'ordinamento parlamentare»[229].

In questo quadro, dunque, il Codice Rocco non fece altro che proseguire su una strada che già i governi liberali avevano intrapreso e dalla quale non si era distaccato neppure il Codice Zanardelli[230]. Come è stato lucidamente sottolineato, infatti, sarebbe «utopico pensare che una legislazione così radicalizzata possa considerarsi sganciata da tutta la tradizione normativa che la precede»[231].

Ciò che caratterizzò tale codificazione fu, allora, solamente la decisione e la forza con cui si tentò di affermare – o meglio acuire – l'autorità dello Stato; tratti che, complice le mutate condizioni politiche, ne fecero l'«autobiografia del Fascismo»[232]. Lo dimostra l'utilizzo dell'espressione "personalità dello Stato", nonché la previsione di tutta la serie nutrita e severa di incriminazioni dirette contro le manifestazioni anche più elementari dell'attività politica (associazione, riunione, propaganda e proselitismo)[233].

6. Le critiche sollevate dalla dottrina penalistica: le opposte posizioni di Carrara e Pessina

Da quanto esposto nelle pagine precedenti, anche all'esito dall'analisi storica, emerge che la tematica dei reati di opinione non è estranea ai sistemi liberali e liberaldemocratici, segnando una contraddizione dalla difficile soluzione.

La questione, impostata nei termini corretti, richiede di indagare l'agibilità politica della repressione penale di determinate manifestazioni del pensiero in società caratterizzate da ampia libertà formale.

L'aporia della tutela dello Stato attraverso la penalizzazione della espressione di opinioni ostili al potere, specie quando lo stesso si attesti sui principi di libertà, è compendiata, in tutta la sua complessità, dalle –

[228] Sul punto, cfr. M. ROMANO, *Il Codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, in *Quest. crim.*, 1981, I, 145.
[229] C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 20.
[230] Coglie nel segno l'affermazione – paradossale – di R. BARTHES, *Lezione. Il punto sulla semiotica letteraria*, Torino, 1981, per il quale proprio del fascismo «non è impedire di dire, ma obbligare a dire».
[231] E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., 18.
[232] In questo senso, J. ONNIS, *Riflessi del nazionalismo di Alfredo Rocco sulla legislazione penale fascista con particolare riguardo ai reati di opinione*, in *Studi economici-giuridici dell'Università di Cagliari*, XLVIII, 1973-1974, Milano, 1975, 93 e A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 56. Insistono sulla indubbia matrice autoritaria del Codice, pur accreditando la tesi secondo cui non si tratterebbe di una rottura aperta nell'evoluzione della politica criminale italiana T. PADOVANI - L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006, 32.
[233] E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., 18.

apparentemente – opposte posizioni di due "padri" del diritto penale italiano[234]: Francesco Carrara ed Enrico Pessina.

Addirittura, il primo Autore si rifiuta – con fiera amarezza – di procedere all'elaborazione teorica dei reati contro lo Stato nell'ambito del suo Programma del corso di diritto criminale[235].

Egli ritiene che intorno al delitto politico non sia possibile fare scienza, sul presupposto che tale materia non possa essere ordinata sui principi generali propri del «diritto penale filosofico»[236]. Essa, al limite può essere oggetto di un'indagine storica che, d'altra parte, ha dimostrato come il reato politico sia definito dalla prevalenza dei diversi poteri politici, non già da capisaldi fondamentali[237].

Carrara, giurista del primo Ottocento dal solido spirito liberale e massimo esponente della Scuola classica, si era convinto che «politica e giustizia non nacquero sorelle»[238]. Conseguentemente, come nell'applicazione pratica della legge «la politica impone il silenzio al penalista, allo stesso modo, nella teoria, mostra l'inutilità delle sue speculazioni e gli consiglia di tacere»[239].

La dichiarazione di incompatibilità tra politica e diritto penale, che non possono fondersi insieme, rappresenterebbe, perciò, l'unico modo per evitare che ricadano sui giuristi le responsabilità degli arbitri del potere politico. Per queste ragioni, l'Autore evita di entrare nel merito dei reati politici, definirli, costruirne un sistema di garanzie: sarebbe, infatti, contradditorio conciliare le prerogative dei cittadini con le esigenze di autoprotezione delle forme politiche.

La dura posizione di Carrara, senza dubbio figlia della fase storica in cui si esprime, ha risuonato in misura rilevante sulla successiva dottrina in materia di crimini politici[240].

Allo stesso tempo, però, tale scelta, per sua natura, era priva di conseguenze pratiche. Pur esprimendo una testimonianza assai significativa – secondo qualcuno si trattava di un gesto di protesta[241] – non ha rappresentato un ostacolo per la successiva previsione codicistica di reati politici, né tantomeno per l'arbitrio della giustizia da parte della politica.

---

[234] La contrapposizione dell'opera dei due Autori con riguardo ai reati contro lo Stato è sinteticamente descritta in C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 18-19 e L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 14-15. Più in generale, si veda M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia*, cit., *passim*; F. COLAO*, Il delitto politico tra Otto e Novecento: da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato"*, cit.; E. FLORIAN, *Dei delitti contro la sicurezza dello Stato*, in *Trattato di diritto penale*, cit.

[235] Sul pensiero giuridico e filosofico di Carrara cfr., *ex multis*, M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, 1988.

[236] F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale. Parte speciale*, VII, Firenze, 1904, 688.

[237] F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale. Parte speciale*, cit., 700.

[238] F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale. Parte speciale*, cit., 688.

[239] F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale*, cit., 688

[240] Carrara fu sicuramente influenzato dagli eventi del 1860, anni in cui la politica aveva portato l'idea di emergenza nel regime punitivo con riguardo alla repressione indiscriminata del brigantaggio meridionale. Per una rilettura storicizzata del "rifiuto" di Carrara cfr. M. SBRICCOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del Convegno internazionale*, Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988, Milano, 1991, 441 ss. L'Autore, contrariamente alla lettura più tradizionale, mostra che non si trattava di una presa di posizione meramente filosofica ma che essa era figlia del suo pragmatismo e della sua concezione "civile" della scienza del diritto penale.

[241] Cfr. M. SBRICCOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, cit.

Del resto, come osserva una parte della dottrina[242], tale lucido scetticismo di fondo non impedisce all'Autore di sollecitare la revisione di tutte quelle fattispecie di reato che si pongono «in lotta con i cardini delle libere istituzioni»[243]. Invero, l'esercizio delle libertà su cui si fondano tutti i governi liberi si renderebbe «effimero se si mantenessero i divieti e le sanzioni dei vecchi codici»[244].

Anche in seguito, la dottrina dell'Italia liberale non manca di mostrare preoccupazioni a che la legge incrimini il mero esercizio di libertà, tra cui quella di espressione dei pensieri. In questo filone si colloca anche l'opera di Pessina, figura cruciale della scienza penale del Secondo Ottocento[245].

Questi ritiene non incriminabili «né i mezzi adoperati per rischiarare e convincere le menti, né l'esercizio della libertà nel pensiero o nella parola o nelle riunioni o associazioni»[246].

D'altro lato, però, l'Autore napoletano – complice la sua attiva partecipazione politica prima ancora che intellettuale che gli costò la persecuzione ed anche il carcere – si rende conto della necessità di riconoscere una certa rilevanza penale, entro limiti determinati, ai reati contro lo Stato.

La punizione non deriverebbe dal puro interesse del potere sociale alla propria conservazione, ma dalle esigenze stesse del diritto e, in particolare, da «ogni fatto violento che miri a far crollare il potere sovrano in una determinata società giuridica»[247].

L'importante è, quindi, costruire tali fattispecie in termini compatibili con i principi garantistici individuali, ritenendo centrale, ai fini dell'incriminazione, l'adozione di mezzi materiali violenti «nei quali solo può apparire la aggressione alla personalità giuridica dello Stato»[248].

Ed allora, «fra la esagerata concezione della niuna incriminabilità intrinseca del reato contro lo Stato nella sua sovranità, e l'altra non meno esagerata del doversi sempre col terrore prevenire come il più grave reato ogni fatto politico che attacchi la Sovranità giuridica dello Stato, v'è una via razionale» che ammette l'incriminazione dei soli fatti violenti o che destino una legittima apprensione, perché è solo nel pericolo che lo Stato può riconoscere «un determinato giuridico degno di pena»[249].

Dunque, due posizioni opposte e antitetiche. Eppure, accumunate da una premessa incontrovertibile. Entrambe le visioni dimostrano, infatti, come la tematica dei crimini politici (*rectius* di opinione) e del relativo statuto di garanzia porta al cuore delle contraddizioni dei sistemi liberali, svelando il punto di crisi dello Stato di diritto[250].

7. Tra "costanti" e "variabili" del diritto penale

[242] C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 18.
[243] F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale. Parte speciale*, cit., 175.
[244] F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale. Parte speciale*, cit., 175.
[245] Per un'efficace ricostruzione del pensiero giuridico e politico di Pessina V. MAIELLO, *Pessina e la scuola classica*, in *Dir. rel.*, 2012, 2, 406 ss.
[246] E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., 10.
[247] E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., 8.
[248] E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., 10.
[249] E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., 9.
[250] M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia*, cit., 620 ss.

Si è finora dimostrata la sostanziale continuità della nostra tradizione legislativa nell'incriminazione del delitto d'opinione; anche se, come si è detto, è solo con le leggi penali coniate dal fascismo che la repressione del dissenso si esprime nel divieto, aperto e brutale, di ogni opposizione all'ideologia dominante[251].

Tale rilievo porta a interrogarsi sull'inquadramento dei reati di opinione nell'ottica della tradizionale *summa divisio* tra "costanti" (*mala in se*) e "variabili" (*mala quia prohibita*) del diritto penale[252].

La ricostruzione si inserisce in uno dei primi e laceranti problemi della scienza penale, rappresentato dalla definizione della criminalità[253]. Sul tema, ampio e dibattuto, è sufficiente rilevare che tra l'assolutismo delle tesi ontologico-giusnaturalistiche ed il relativismo delle teorie giuspositivistiche della mera creazione politico-sociale, la dottrina in questione offre un punto di vista mediano e realista.

Nello specifico, l'impostazione, libera da apriorismi ideologici, considera il diritto penale, innanzitutto, composto da un nucleo di costanti, indipendenti dalle valutazioni contingenti dei singoli legislatori e dal mutare delle strutture politico, economico e sociali.

Si tratterebbe di illeciti penali pressoché immutabili nel tempo e nello spazio, in quanto l'offesa a beni esistenziali e irrinunciabili (vita ed integrità fisica dell'uomo, dignità, libertà, onore e patrimonio della persona) minerebbe alla base le condizioni essenziali di convivenza tra i componenti della comunità statalmente organizzata[254]. É per questo, ad esempio, che tutte le codificazioni penali puniscono il delitto di omicidio, inquadrabile perfettamente nella categoria dei "delitti naturali" e rispetto al quale non è ipotizzabile né ammissibile una elevazione da "delitto" a "diritto"[255].

Il nucleo di costanti storiche, in cui si pongono, al limite, differenze ordinamentali in relazione al *quantum* di pena irrogabile, attraversa in maniera continua tutte le esperienze penalistiche. Dimostra, in buona sostanza, che il diritto penale non è tutto politica.

---

[251] In tal senso C. FIORE, *I reati di opinione*, cit.

[252] Il punto di vista risalirebbe a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Venezia, 1781, VIII e XI. La *summa divisio* è, sovente, ripresa anche dalla dottrina moderna. Cfr., fra tutti, P. NUVOLONE, *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 196 ss. il quale sostiene che «la criminologia, che si propone la definizione di delitto e l'identificazione della causa, deve, per forza di cose muovere da un dato obiettivo naturalistico-sociale, solo in questa prospettiva potendo essa impostare il problema eziologico; è una scienza sostanziale, e non formale». Sul tema cfr. anche F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, IX, 2015, XXXIV, secondo il quale «sotto molti profili, la storia del diritto penale non è che la storia dell'umanità nel suo divenire di corsi e di ricorsi, di evoluzioni e involuzioni». Per una sintetica ricostruzione della tematica v. A. ORDILE, *Le costanti e le variabili del diritto penale nell'esperienza storica*, in *Osservatorio penale (Ed. web)*, 2, 2014, *passim* e F. PATERNITI, *Premesse ad uno studio sull'autore del reato*, in *Quaderni del Dipartimento di Studi politici dell'Università di Catania*, 2, Giuffrè, 2006.

[253] Sul tema S. ALEO, *Criminologia e diritto penale*, Padova, 2006. Sul ruolo della scienza criminologica nella determinazione del sistema penale cfr. A. DE VITA, *Ruolo della criminologia e funzioni del sistema penale: la riscoperta della "funzione pratica" della scienza penale*, in V. PATALANO (a cura di), *Diritto penale e criminologia. Alle origini della "questione criminale"*, Napoli, 2008, 289 ss.

[254] Così, A. ORDILE, *Le costanti e le variabili del diritto penale nell'esperienza storica*, cit.

[255] N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Padova, 2002, 160. Sul tema cfr. anche F. MANTOVANI, *Delitti contro la persona,* Padova, 2008, 99; D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2011, 11.

Non si tratta, tuttavia, della sola componente dei sistemi penali. Questi presentano anche delle "variabili", strettamente dipendenti dall'ordinamento dello Stato e fortemente condizionate dalla storia e, inevitabilmente, dalla politica[256].

Si tratta dei "delitti artificiali" o di pura creazione legislativa. Anche definiti *mala cui prohibita*, sono fatti non penalmente rilevanti in tutte le esperienze di codificazione, ma il cui disvalore penale muta sensibilmente a seconda delle diverse opzioni politico-criminali di riferimento.

Ciò si spiega perché i diversi retroterra (democrazia e totalitarismo, liberalismo e socialismo, individualismo e collettivismo, personalismo e utilitarismo) hanno un contenuto ideologico, politico, economico, culturale, che si riflette immediatamente sul modo di concepire il diritto penale e sulla utilizzazione delle sue categorie e mezzi.

Ogni sistema è, dunque, predisposto per la tutela, oltre che dei beni esistenziali, di interessi contingenti o addirittura arbitrari; variabili, appunto, a secondo dalla sensibilità degli ordinamenti e dipendenti dalle Istituzioni. Si pensi ai sistemi penali ideologizzati di tipo totalitario volti alla tutela di interessi sociopolitici posti a protezione di una fazione, di un partito o di un tiranno, dove alcune norme incriminatici sono di creazione politico-legislativa e legate al mantenimento di una determinata forma di governo o per garantire uno specifico indirizzo politico-ideologico di tipo gerarchico o totalitario.

Così sinteticamente definite le categorie, è interessante, ai fini del presente lavoro, declinarle con riguardo ai reati di opinione.

Se ci si limitasse a registrare il dato della loro sistematica presenza nella tradizione giuridico-penale italiana, si sarebbe portati a ritenerli esempi di costanti del diritto penale.

Tale conclusione sarebbe però affrettata oltre che pericolosa per la tenuta dei capisaldi del diritto penale moderno. Si finirebbe, invero, per assolutizzare le componenti storico-relativistiche della criminalità per negarne ogni consistenza ontologica.

É evidente, invece, che, seguendo un approccio sostanziale, il terreno d'elezione dei delitti politici è rappresentato proprio dalle variabili. Ed è proprio – e solo – tale paradigma che può spiegare il sistema dei reati di opinione.

Infatti, nell'esperienza storica del diritto penale autoritario si possono individuare accadimenti che sono normativamente leciti per il diritto penale liberale (si pensi alla "critica politica"), ma che integrano i caratteri di un delitto in senso etico-naturalistico quando vi sia imperante un regime politico di Stato totalitario, etico, assoluto, teocratico ove sono numerosi i reati di "creazione legislativa".

La questione è più teorica che pratica. Tuttavia, intercetta una tematica cruciale per la materia dei reati di opinione, dove, come si è visto finora, è forte la permeabilità politica che, per le più diverse esigenze, rischia di dare un'immagine confusa e sbiadita dell'ordinamento criminale.

[256] F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, 1982, 58.

Allora, la dicotomia in questione deve fungere da criterio metodologico razionale di studio della materia[257]. In questo senso, la ricostruzione dei reati di opinione come variabile di politica-criminale deve ispirare la valutazione dell'interprete che deve tentare di far coincidere la criminalità legale con la criminalità naturale, nell'ideale ultimo di una criminalità realmente antisociale, non discriminante e penalmente perseguita come *extrema ratio* nei confronti di tutti.

[257] Riecheggiando una celebre formula kantiana, in H. JESCHECK – T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlino, 1996 41 si legge che «il diritto penale senza criminologia è cieco, la criminologia senza il diritto penale è sconfinata».

CAPITOLO II

I FONDAMENTI TEORICO-COSTITUZIONALI DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E DELLE SUE LIMITAZIONI PENALISTICHE

SOMMARIO

1. Il riconoscimento della libertà di espressione. – 1.1. *L'art. 21 Cost.: la libertà di manifestazione del pensiero come «pietra angolare» della democrazia.* – **2.** Il fondamento interno del principio tra concezione individualistica e approccio funzionalistico. – 2.1. *Il significato controintuitivo della libertà nel modello di democrazia aperta e il suo paradosso*. – **3**. La «portata» soggettiva e oggettiva della libertà di espressione. – **4.** Il «peso» politico criminale della libertà di espressione: le sue limitazioni penalistiche e il ruolo del buon costume. – 4.1. *Dalle teorie statiche dei limiti impliciti al dinamismo del ragionevole bilanciamento costituzionale*. – **5.** La crisi del sistema originario dei reati di opinione: l'art. 21 Cost. come «libertà minacciata dalle pene». – 5.1. *La posizione della Corte costituzionale: il ruolo salvifico del pericolo concreto implicito.* – 5.2. *I meriti e i limiti della riforma legislativa del 2006. – 5.3. La «fedeltà apparente» della giurisprudenza di legittimità (e di merito*). – **6.** La tutela multilivello della libertà di espressione: la prospettiva internazionale (cenni). – 6.1. *La prospettiva convenzionale. La verifica della necessità in una società democratica delle limitazioni dell'art. 10 Cedu e la clausola dell'abuso del diritto*. – 6.2. *La prospettiva euro-unitaria.*

1. Il riconoscimento della libertà di espressione

La categoria dei reati di opinione, considerata nel suo complesso e come si è finora definita, presenta una cifra problematica peculiare, rappresentata dal conflitto con il principio della libertà di espressione.

Tant'è che, quando se ne è proposta un'indagine in chiave storica, si è spiegato l'interesse per le esperienze normative sviluppatesi a partire dal XIX secolo, epoca in cui l'emersione della centralità del diritto di manifestare il pensiero si è fatta sentire con più intensità, svelando il nucleo dei reati in esame[258].

L'incriminazione di questi ultimi – si è detto – ha ad oggetto l'espressione di un'opinione allo scopo di tutelare beni giuridici di diversa entità, originariamente soprattutto attinenti ad una dimensione pubblico-statuale.

La questione è, allora, comprendere se è legittima o meno la punizione di pensieri non allineati e, nel caso di risposta positiva, in quale misura e a tutela di quali interessi ciò è possibile. È il c.d. problema di diritto costituzionale dei reati di opinione, legato alla stessa legittimazione democratica delle società moderne.

Il dubbio, così posto, rinvia direttamente alla libertà di espressione, uno dei principali diritti fondamentali sui quali si fondano i moderni Stati di diritto e matrice alla quale possono essere collegati una serie di altri principi che ne rappresentano altrettante articolazioni.

[258] Cfr. L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 8-13 ss.

Per queste ragioni l'obiettivo che ci si pone nella prima parte del presente capitolo è cogliere il senso e la ragione d'essere di tale diritto, indagandone l'ambito di applicazione (c.d. portata della libertà) e la relativa tutela apprestata nel rapporto con altri principi fondamentali (c.d. peso della libertà)[259]. Qualsiasi riflessione sui reati di opinione non può, infatti, prescindere dall'esame delle garanzie costituzionali alla libertà di espressione, essendo evidente che quanto più esse sono ampie e penetranti, tanto meno spazio lasciano alla configurabilità di divieti.

Il riconoscimento giuridico di tale diritto è avvenuto in tempi relativamente recenti, benché numerose ricostruzioni lo facciano risalire, come valore tipicamente occidentale, al pensiero greco[260].

La sua prima affermazione si è registrata nell'esperienza anglosassone del XVII secolo[261], anche se in tale sistema la libertà di espressione, configurata prima come *freedom of speech* all'interno del Parlamento e successivamente come situazione giuridica estesa anche ai cittadini, non era cristallizzata in un atto positivo ma solo riconosciuta, negativamente, mediante l'abolizione della censura.

È solo all'ordinamento francese che, all'esito della rivoluzione illuminista, si deve – almeno nelle Costituzioni dei paesi occidentali – la prima vera e propria positivizzazione della libertà. La Dichiarazione dei diritti e dei doveri del cittadino del 1789 all'art. 11, infatti, la qualifica come «uno dei diritti più preziosi dell'uomo», pur puntualizzando, però, che i cittadini sono chiamati «a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge».

Analogo riconoscimento è contemplato anche nel primo emendamento della Costituzione americana del 1791 che si riferisce non soltanto alla libertà di ciascuno di manifestare il proprio pensiero, le proprie idee e le proprie credenze ma anche alla libertà della stampa di informare e di diffondere il pensiero senza alcun intervento limitativo da parte dell'autorità[262]. Questa libertà, come la dottrina sottolinea in modo unanime, si presenta basilare nel sistema di valori statunitense al punto da essere costituzionalmente configurata come priva di limiti[263].

---

[259] La distinzione è proposta, rispetto ai reati di opinione, nei termini di "portata" e "peso" da A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., 701 ss. e nei termini di "copertura" e "tutela" da A. GALLUCCIO, *Punire*, cit., 19. La dicotomia riprende i concetti di *coverage* e *protection* della libertà di espressione adottati da F. SCHAUER, *Categories and the First Amendment: A Play in Three acts*, in *Vanderbilt Law Review*, 1981, 270, 275 e ss. e i termini di *scope* e *incumbency* del diritto adottati da J. FEINBERG, Social Philosophy, Prentice Hall Press, 1973, trad. it. di L. ANDREAZZI, *Filosofia sociale*, Milano, 2006, 142.

[260] G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Il, Mulino, Bologna, 1995, 174.

[261] Per una ricostruzione storica della libertà di espressione, con particolare riguardo alla libertà di stampa, quale diritto concepito nell'Inghilterra del Seicento come corollario alla libertà di coscienza cfr. P. ALLOTTI, *La libertà di stampa. Dal XVI secolo a oggi*, Bologna, 2020, *passim*. Con particolare riguardo all'ordinamento italiano e all'evoluzione tecnico-istituzionale che ha portato al progressivo superamento della modellistica dei diritti pubblici soggettivi cfr. C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013, 1-79.

[262] In dottrina, sull'esegesi del Primo emendamento cfr., *ex multis*, C. VALENTINI, *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011, 247.

[263] In argomento cfr. C. CARUSO, T*eoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla* freedom of speech, in *Forum di quaderni costituzionali (Rassegna)*, 2013, 1 ss. L'Autore, in particolare, nel ripercorrere le principali tecniche decisorie sviluppate dai giudici della Corte Suprema sulla *freedom of speech*, osserva come la stessa sia stata configurata come un assoluto costituzionale, intangibile dall'autorità politica, anche nelle ipotesi ordinarie di conflitto con eventuali contro-interessi. Analogamente, A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 235 ss.

A partire dai due testi normativi appena riportati praticamente tutte le carte costituzionali del mondo consacrano tra i diritti e le libertà fondamentali da tutelare, rispetto ad indebite interferenze statali, anche la libera espressione.

Se ciò è vero, è innegabile, altrettanto, che la tutela appare differenziata in ciascun ordinamento, in cui i relativi limiti dipendono dalla singola cultura e tradizione giuridica[264], rendendo la libertà di espressione un «*liberal puzzle*»[265].

Le Carte costituzionali più recenti, di stampo democratico-pluralista, pur traendo dalle Costituzioni liberali il substrato della protezione contro arbitrarie restrizioni delle autorità pubbliche, affiancano a esso, sovente, la tutela di altre situazioni giuridiche soggettive e di altri mezzi di diffusione e contemplano limitazioni espresse o implicite alla stessa.

Di particolare rilievo – anche ai fini della presente ricerca – è la Costituzione spagnola del 1978. Quest'ultima opta per un regime duale in cui vi è spazio sia per la libertà di espressione in senso stretto sia per la libertà di informazione, riconoscendo, altresì, altri diritti (libertà di produzione e creazione letteraria, artistica, scientifica e tecnica, libertà di cattedra, libertà di coscienza e al segreto professionale)[266]. Il testo costituzionale spagnolo si distingue anche per la previsione di numerosi limiti espressi posti alle libertà comunicative che, ancorché enumerati a titolo solo esemplificativo, hanno una dimensione essenzialmente personalista[267].

Venendo al sistema dei diritti italiano, la prima cauta positivizzazione della sola libertà di stampa risale all'art. 28 dello Statuto albertino, il quale, come si è già avuto modo di sottolineare, se da un lato riconosceva che «la stampa sarà libera», dall'altro lato subordinava tale libertà ad una «legge che ne reprimerà gli abusi»[268]. La norma, nonostante riconoscesse il principio della riserva di legge ed il divieto di ricorrere a misure preventive, non garantiva le altre modalità di espressione del pensiero e offriva una tutela limitata alla libertà in questione, anche a causa del carattere flessibile dello Statuto e dell'assenza di un sistema di controllo della legittimità costituzionale.

---

[264] In questo senso cfr. A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009, 66 ss.

[265] Così, E. BARENDT, *Freedom of speech*, Oxford University Press, 2005, 2.

[266] La dottrina spagnola sul tema è amplissima. Cfr., *ex multis*, J.J. SOLOZABAL ECHEVARRÍA, *Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23, 1988, 141 ss. Da ultimo, un'interessante ricostruzione in chiave personalista della libertà di espressione nell'ordinamento costituzionale spagnolo è contenuta in G.M. TERUEL LONZANO, *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, Madrid, 2015, 279 ss. (con riguardo al negazionismo) e R. ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Madrid, 2020, 85 ss., 163 ss. (con riguardo, più in generale, ai discorsi d'odio).

[267] La giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* è pacifica nel riconoscere a tali limiti solo un carattere enunciativo e non di *numerus clausus*.

[268] *Infra* cap. 1 par. 2.1.

In tale terreno, come si è detto, il legislatore fascista trovò strada facile nel costruire un apparato preventivo e repressivo che consentisse a priori di garantire che l'uso dei mezzi di divulgazione del pensiero avvenisse in modo omogeno all'indirizzo politico dominante[269].

1.1. L'art. 21 Cost.: la libertà di manifestazione del pensiero come «pietra angolare» della democrazia

La svolta arriva con l'entrata in vigore della Costituzione rigida del 1948 che ha promosso, tra gli altri diritti fondamentali, anche la garanzia della libertà di manifestazione del pensiero[270]. A differenza delle altre Costituzioni richiamate – prima fra tutte quella spagnola – la *Magna Charta* dei diritti italiana frammenta la libertà di espressione in diverse situazioni giuridiche soggettive, costruendone la corrispondente tutela in termini ampi e sistematici.

L'enunciazione generale è solennemente contenuta nell'art. 21 Cost., secondo il quale «tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto ed ogni altro mezzo di diffusione». Accanto ad esso, figurano l'art. 19 Cost. sul diritto di fare propaganda in ambito religioso e l'art. 33 Cost. sulla libertà artistica e scientifica[271]. Inoltre, la protezione della libertà in esame può considerarsi naturale presupposto anche della libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost.[272], nonché della libera organizzazione sindacale di cui all'art. 39 co. 1 Cost.[273]

Soffermandosi sulla figura generale, la garanzia costituzionale copre sia il diritto alla libera manifestazione del pensiero sia il diritto al libero e pieno uso dei relativi mezzi di divulgazione, essendo la disponibilità del mezzo funzionale rispetto alla piena realizzazione del primo aspetto[274].

Da sempre, la dottrina ha legittimato la differenziazione delle discipline, in relazione al potere di suggestione di ogni mezzo e alla possibilità concreta di accesso al medesimo[275]. Nello specifico, l'unico

---

[269] Per comprendere l'utilizzo a fini di propaganda della libertà di espressione nei regimi totalitari è interessante l'art. 125 della legge fondamentale dell'U.R.S.S. approvata dall'VIII Congresso straordinario dei Soviet il 5 dicembre 1936 in cui si legge che la libertà di parola è garantita ai cittadini «in conformità con gli interessi dei lavoratori ed allo scopo di consolidare il regime socialista».

[270] Si badi che la Costituzione non utilizza la formula "libertà di espressione" e la parola "espressione" non ricorre mai nel testo costituzionale. Il riferimento alla "libertà di manifestazione del pensiero", pur ponendo alcuni problemi interpretativi specifici con riguardo al contenuto del diritto, non si caratterizza, però, per una vera diversità concettuale.

[271] L'elencazione dei profili su cui si riflette la più generale libertà di espressione è contenuta in I. SPADARO, *Il contrasto allo* hate speech *nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Torino, 2020, 72 ss.

[272] In questo senso, P. BARILE, *Associazione (libertà di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 840.

[273] In questo senso, I. SPADARO, *Il contrasto*, cit., 73.

[274] Il nesso di indispensabile strumentalità che lega la divulgazione alla manifestazione è stato ribadito, sovente, dalla giurisprudenza costituzionale. Cfr. C. cost. 18 maggio 1972, n. 93 in *Giur. Cost.* 1972, 1156 ss.; C. cost., 16 giugno 1964, n. 48 in *Giur. Cost.,* 1964, 605 ss; C. cost., 15 giugno 1972, n. 105 in *Giur. Cost.,* 1972, 1196 ss.

[275] Sul tema è interessante il confronto tra la posizione di A.C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972 e di C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, cit. Il primo Autore, in un'epoca in cui vi era una disponibilità solo potenziale dei mezzi di comunicazione non essendosi ancora affermati *Internet* e i nuovi media, parlava della «libertà di esprimere le proprie idee e di cercare in ogni modo di divulgarle». Il secondo Autore, invece, confrontandosi con i nuovi mezzi di informazione offerti dalla rete, costruisce la propria teoria della libertà di espressione come discorso pubblico proprio sul postulato dell'accesso effettivo ai mezzi di diffusione delle idee (oltre che della neutralità contenutistica).

direttamente disciplinato è quello della stampa, all'epoca strumento di comunicazione di maggior rilievo[276] ma, oggi, affiancato dai giornali *online* e dalle nuove forme del *web* (blog, *chat*, bacheche virtuali)[277].

La libertà di stampa è attratta da un'impostazione di carattere liberale, con riguardo specifico agli istituti dell'autorizzazione, della censura e del sequestro, ponendo l'art. 21 co. 2 Cost. al riparo da ogni forma di controllo preventivo sia sui contenuti che sulle condizioni di esercizio della stessa[278].

Quanto agli interventi di natura repressiva, l'art. 21 Cost. è significativo rilevare che la procedura di sequestro, dominata da una riserva di giurisdizione e da una riserva assoluta di legge rinforzata, ricalca quella prevista per la libertà personale e per il domicilio e, rispetto ad esse, risulta addirittura più garantista, stante il dimezzamento dei termini di denuncia e di eventuale convalida, con l'ulteriore requisito dell'immediatezza[279].

Dall'ampia formulazione dell'art. 21 Cost. gli interpreti hanno indirettamente riconosciuto rilevanza costituzionale, altresì, al diritto di cronaca, nelle sue diverse varianti (critica, satira, etc.)[280], sino a configurare una vera e propria libertà di informare. Quest'ultima è declinata sul versante attivo come

---

[276] Sulle ragioni della disciplina di favore per la stampa, quale reazione alle pesanti restrizioni inflitte ai giornali dal ascismo, cfr. A. PACE, *Disciplina della stampa e delle imprese editoriali*, in A. PACE – M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna-Roma, 2006, 442 ss. Più di recente, sulla libertà di stampa v. anche T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, 102 ss.

[277] La questione dell'applicabilità o meno delle garanzie della stampa cartacea anche ai molteplici *format* della comunicazione digitale, non menzionati in Costituzione, è stata recentemente oggetto di ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza. E non senza ragione: si tratta, invero, di luoghi virtuali da cui sempre più spesso trovano diffusione quei discorsi discutibili e offensivi in grado di integrare reati di opinione. In questa sede giova solo ricordare come da una prima fase, segnata da interpretazioni restrittive fondate sulla definizione di «stampa» centrata dall'art. 1 l. 47/1948 sull'elemento topografico-strutturale e su quello funzionale, con l'avvento dell'art. 1 l. 62/2001 che estende la legge sulla stampa ad ogni «prodotto editoriale destinato alla diffusione di informazioni presso il pubblico» si è lentamente fatta strada la tesi assimilazionista. L'orientamento è stato autorevolmente avvallato dalle Sezioni Unite, sia penali che civili. Le prime (cfr. Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2015, n. 31022) hanno sancito la perfetta equiparazione, anche *in malam partem*, tra giornali *online* (organizzati) e cartacei, sulla scorta di un'interpretazione presentata come «estensiva» ed «evolutiva» del concetto di stampa di cui viene esaltata la dimensione funzionale. Le seconde (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 18 novembre 2016, n. 23469) hanno confermato la soluzione, fondandola, però, sull'applicazione diretta dell'art. 21 Cost. sul presupposto che anche nell'editoria digitale è enucleabile il profilo strutturale della stampa. Sul tema, in dottrina, in senso critico alla soluzione giurisprudenziale, cfr. S. VIMERCATI, *La Cassazione conferma l'inestensibilità ai blog delle garanzie costituzionali previste per gli stampati in tema di sequestro*, in *Dir. pen. cont.*, ottobre 2016, 3-4; L. PAOLONI, *Le Sezioni Unite si pronunciano per l'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commoda, ibi et incommoda?*, in *Cass. pen.*, 10, 2015, 3471 ss.; R.E. MAURI, *Applicabile l'art. 57 c.p. al direttore del quotidiano online: un revirement giurisprudenziale della Cassazione, di problematica compatibilità col divieto di analogia*, in *Dir. pen. cont.*, febbraio 2019, 4 ss.; C. MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate online registrate*, in *Dir. pen. cont.*, marzo 2016, 11 ss. Da ultimo, I. SPADARO, *Il contrasto*, cit., 88 ss. propone come possibile alternativa l'interpretazione analogica limitata *in bonam partem* o la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 l. stampa.

278 Cfr. C. cost., 23 gennaio 1957 n. 31 e C. cost., 1 luglio 1957, n. 115 con cui si è mantenuto in vita l'art. 5 della l. n. 47/1948 sulla registrazione obbligatoria dei periodici, configurata atto dovuto. In senso critico. D'altro lato, C. cost., 5 giugno 1956, n. 1 dichiarava incostituzionale l'art. 113 t.u.l.p.s. proprio sul presupposto del carattere discrezionale ed ostativo del relativo potere (in dottrina P. CALAMANDREI, *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 149; G. GRASSO, *La sentenza n. 1 del 1956. Sessant'anni dopo*, in *Oss. Cost.*, 1, 2017, 1 ss.).

[279] Sul tema, cfr. M. MANETTI, *Il sequestro degli stampati*, in A. PACE-M.MANETTI, *Art. 21*, cit., 773 e 776.

[280] Sul tema che riguarda soprattutto le fattispecie di diffamazione e di ingiuria (oggi depenalizzata) *infra* cap. 4 par. 2.2.1.

diritto ad informare il prossimo, comunicando e diffondendo notizie e idee, e sul versante passivo come diritto ad essere informati, a ricercare notizie e ad accedere alle informazioni[281].

Sul punto, la Corte costituzionale, in una prima fase[282], si è limitata a stabilire la sussistenza di una tutela di un «interesse generale della collettività all'informazione»[283] . In un momento successivo, inaugurando una giurisprudenza ormai consolidata, che collega in modo stringente democrazia, informazione e formazione dell'opinione pubblica, ha, invece, riconosciuto il diritto ad essere informati quale situazione giuridica soggettiva costituzionale inviolabile e ricavabile dagli artt. 2-21 Cost. e ne ha definito le garanzie democraticamente necessarie che si sostanziano nella completezza, oggettività e pluralità dell'informazione ricevuta[284]. In tal modo, l'art. 21 Cost. diventa la base normativa per l'affermazione del principio – patrimonio comune della cultura liberale – del «pluralismo ideologico», garantito dalla molteplicità «delle fonti di informazione, dal libero accesso alle medesime, dall'assenza di ingiustificati ostacoli, anche temporanei, legati alla circolazione delle notizie e delle idee»[285].

Il grande afflato garantista che permea il riconoscimento costituzionale della libera espressione spiega perché si ritiene che essa, tra tutte le libertà primarie garantite dalla Costituzione, sia la «fondamentale» e la «più alta»[286]; vale a dire che a nulla varrebbe assicurare le altre libertà se, preliminarmente, non si desse ai cittadini il diritto di esprimere opinioni, giudizi e valutazioni in campo politico, culturale, religioso, economico[287].

Lungo questa direzione si è mossa la stessa Corte costituzionale che ha più volte rimarcato come tale diritto rappresenti una vera e propria «pietra angolare dell'ordine democratico»[288]. Si tratta, cioè, della libertà fondamentale «che meglio caratterizza il regime vigente nello Stato, condizione del modo di essere

---

[281] In generale sulla libertà di informazione, *ex multis*, P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubb.*, VIII, 1993; A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21. Rapporti civili*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 2006, 345 ss.; A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'età digitale*, Torino, 2018; S. SICA-V. ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2019, 5, 1 ss. Sulle differenze tra diritto di informare, diritto all'informazione e diritto di essere informati v. T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit., 111 ss. Sul tema v. anche L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione*, in *Quad. cost*, 4 ss., il quale rileva che la mancata disciplina costituzionale di tali due aspetti si spiega perché il Costituente, proiettato a rimuovere divieti piuttosto che ad affrontare le implicazioni sociali della libertà di espressione, sembra aver guardato più alle esperienze del passato che alle prospettive del futuro.

[282] Sull'evoluzione italiana della libertà di informazione, con particolare riguardo ai modelli storici e ai suoi fondamenti costituzionali, v. S. SICA, *La libertà di informazione tra diritto interno e prospettiva europea*, in S. SICA-V. ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 8 ss. L'Autore individua diverse «stagioni» nell'applicazione dell'art. 21 Cost., considerato non solo «risorsa» ma anche «limite» del modello italiano.

[283] Così, C. cost., 30 maggio, 1977, n. 94.

[284] Così, C. cost., 7 maggio 2002, n. 155. Sul tema cfr. C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, cit., *passim*, il quale ritiene che la configurazione del diritto di essere informati implichi il superamento della nozione di libertà in senso negativo, attraverso la creazione di un «diritto sociale fondamentale» che, pur non assorbendo la libertà di pensiero *tout court*, permette di delineare una teoria unitaria della stessa basata sul concetto di «discorso pubblico».

[285] C. cost., 15 giugno 1972, n. 105. Più di recente cfr. C. cost, 13 marzo 2009, n. 69.

[286] Così, C. cost., 5 luglio 1971, n. 168.

[287] Così, T. MARTINES, *Diritto costituzionale,* Milano, 1992, 665 ss.

[288] Così, C. cost., 2 aprile 1969, n. 84. Analogamente C. cost., 2 luglio 1968, n. 98 la considera «cardine dell'ordinamento democratico»; C. cost., 29 aprile 1985, n. 126 la qualifica «cardine di democrazia nell'ordinamento generale di rilevanza centrale ai fini dell'attuazione del principio democratico». Ancora, C. cost., 21 marzo 1968, n. 11 ne evidenzia il carattere «coessenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione».

e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto»[289], in grado di «imporsi al rispetto di tutti, delle pubbliche autorità come dei consociati»[290].

In buona sostanza, il principio di sovranità popolare (art. 1 Cost.), per effetto del quale si riconosce il diritto di voto a tutti i cittadini (art. 48 Cost.) non avrebbe alcun senso, se poi si privassero questi ultimi della possibilità di ricevere, procurarsi e scambiare informazioni sull'operato dei propri rappresentanti, nonché di discuterne liberamente l'adeguatezza, o meno, ai bisogni della comunità; così come nessun partito potrebbe materialmente «concorrere a determinare la politica nazionale» (art. 49 Cost.), se non avesse la possibilità di diffondere il proprio programma tra gli elettori[291].

La libertà di espressione è, in ultima istanza, il piedistallo di ogni regime politico di matrice liberale, il cui grado e le cui variazioni indicano lo stadio del progresso sociale raggiunto. Così, se nelle prime dichiarazioni costituzionali di ideologia liberale si parlava di una libertà negativa dall'ingerenza dello Stato – come una liberazione dalla censura prima e dal castigo poi – nell'ottica democratica si prospetta una libertà positiva dell'uomo, che gli permetta, come singolo e come membro della collettività, lo sviluppo e la realizzazione intellettuale e sociale, sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 2 Cost.

2. Il fondamento interno del principio tra concezione individualistica e approccio funzionalistico

La doppia dimensione, sia privata, volta a tutelare la persona nella sua formazione, sviluppo e manifestazione, sia sociale, proiettata ad alimentare il confronto di opinioni e la vita intellettuale della comunità, anima gli interpreti circa la natura giuridica individuale o funzionale della libertà di espressione. Il dubbio è stato, altresì, alimentato dalla frammentazione della libertà in esame in tanti micro-settori secondo una costruzione della stessa come *waves of duty*[292] e dall'incorporazione, al suo interno, anche del diritto a informare e ad essere informati. Il che segna, più di tutto, il superamento della teoria dogmatica tradizionale di libertà che non è più chiusa nel carattere negativo di astensione del pubblico potere, ma si spinge ad un ruolo attivo e – finanche – trasformativo della società[293].

---

[289] Così, C. cost., 4 febbraio 1966, n. 9.

[290] Così, C. cost., 24 giugno 1970, n. 122.

[291] Così, I. SPADARO, *Il contrasto*, cit., 72. Tali riflessioni, che spiegano la centralità della libertà di espressione per il principio democratico e che sintetizzano il ragionamento della Corte costituzionale sul tema, riprendono il pensiero di A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in Ameria* (trad. it.), in *Scritti politici di Alexis de Tocqueville*, II, Milano, 1968 (1849), 292 ss.

[292] L'espressione è di J. WALDRON, *Rights in conflict*, in *Ethics,* 2, 1989, 102. L'Autore identifica le diverse «ondate» di diritti, facoltà, pretese, obblighi e garanzie che compongono il diritto come situate su livelli diversi, a seconda della loro importanza, per il soddisfacimento del valore che lo rende fondamentale.

[293] In questo senso, cfr. C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, cit. sostiene che nell'odierno sistema costituzionale, nel concetto generale di libertà, pur sempre caratterizzato dalla dogmatica liberale tradizionale, deve includersi il libero sviluppo delle potenzialità umane, anche come processo di partecipazione ai meccanismi sociali, nel quadro del pluralismo istituzionale. In quest'ottica, l'Autore arriva alla qualificazione delle libertà, in generale, come «istituzioni in senso stretto» e della libertà di espressione, in particolare, come «discorso pubblico».

Il tema – di teoria generale – è complesso ma di cruciale importanza anche ai fini del presente lavoro. Individuare quale sia il ruolo che, nelle odierne società multiculturali, svolge la libertà di pensiero è, infatti, operazione imprescindibile per la perimetrazione del contenuto e dei limiti penalistici alla libertà medesima. Non fosse altro perché è evidente che se si opta per l'approccio funzionale si pongono le basi per escludere dall'area del costituzionalmente garantito tutti i discorsi che siano pericolosi per la serena convivenza o comunque semplicemente inutili rispetto al buon funzionamento del sistema democratico[294].
La tensione tra declinazioni genuinamente individualistico-liberali e impostazioni che più risentono di esigenze legate alla tutela del sistema democratico nel suo complesso costituisce, in un ordinamento liberal-democratico, un aspetto fisiologico della libertà di espressione che, non a caso, è stata descritta come un «pendolo» che oscilla alla ricerca di un delicato equilibrio[295].
Il necessario punto di partenza per analizzare tale conflitto è rappresentato dall'analisi delle ragioni sottese alla tutela della libera espressione.
Del resto, la loro individuazione è importante anche per potere ipotizzare l'esistenza di alcune forme abusive di manifestazione del pensiero[296]. Applicando alla materia in esame il concetto di abuso del diritto, vi sarebbero, infatti, dei casi che, se osservati dal punto di vista della precisa *ratio* da cui la libertà trae origine, non potrebbero essere considerati esplicazione del diritto medesimo perché non coperti dalla sua reale motivazione; anzi, sarebbero addirittura in grado di frustrare la vera finalità per cui il diritto a manifestare il proprio pensiero è attribuito e risulterebbero di conseguenza suscettibili di sanzione[297].
Orbene, in tutti gli ordinamenti democratici, la libera espressione assolve a molteplici funzioni che ne giustificano la protezione costituzionale e che si distinguono, appunto, in pubbliche e private, a seconda che realizzino interessi dell'intera collettività, oppure dei singoli individui.
Nel sistema costituzionale italiano, il dibattito, sviluppatosi sin dal 1948, non ha individuato un fondamento unico ed esaustivo, complice anche l'indeterminatezza del dato normativo, a sua volta frutto del compromesso ideologico del testo costituzionale.
Da questo punto di vista, invece, è noto che la dottrina americana, già da tempo, ha elaborato una ricca ed articolata riflessione sui diversi significati ascrivibili alla libertà di pensiero.
È vero che l'esperienza americana, retta dal (*political*) *free speech principle* e dalla tutela preferenziale accordata dalla Corte Suprema statunitense al I Emendamento[298], si presenta come eccezionale se

[294] Così, I. SPADARO, *Il contrasto,* cit., 23.
[295] Così, M. LUCIANI, *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato*. Italia, EPRS, Servizio di Ricerca del Parlamento europeo, in *www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/64224*, 2019, 28: «a seconda dell'oscillazione del pendolo, dunque, talora si è letta la libertà di espressione in chiave "individualistica" (come presidio di uno spazio intangibile della personalità di ciascuno), talaltra in chiave "funzionalistica" (come elemento costitutivo dei processi decisionali democratici)».
[296] In questo senso anche A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 56 ss.
[297] In generale sull'abuso del diritto G. PINO, *Diritti fondamenti e ragionamento giuridico,* Torino, 2008. Con specifico riguardo all'abuso della libera espressione nella giurisprudenza convenzionale *infra* par. 6.1.
[298] È significativa la riflessione di R. ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio*, cit. 56, secondo il quale non sarebbe solo il tenore letterale del Primo Emendamento a giustificare il ruolo che la libertà di espressione occupa negli Stati Uniti ma,

rapportata agli ordinamenti occidentali, abituati a reprimere i pensieri che offendono beni di particolare rilevanza[299]. Tuttavia, la meticolosa analisi delle giustificazioni americane a fondamento del ruolo centrale dichiaratamente attribuito alla libera espressione influenza significativamente le riflessioni europee, ed anche italiane, in materia[300].

Tali ragioni non sono univoche né coordinate, ed anzi è frequente riscontrare divergenze nelle impostazioni di filosofi, politici e giuristi.

Volendo procedere ad una rapida schematizzazione delle stesse, le giustificazioni alla libera espressione, esportate dalla dottrina statunitense, possono essere ricomprese in tre grandi blocchi, rispettivamente di matrice epistemologica, individualistica e democratica.

Sul primo versante, una delle giustificazioni storicamente più risalenti è quella che ritiene la libera espressione fondamentale per la ricerca del "vero". L'idea di fondo, sviluppata dagli Autori liberali e primo fra tutti da John Stuart Mill nel suo trattato *On Liberty*[301], viene fatta risalire ad un passo dell'Areopagitica di John Milton che, emblematicamente, sosteneva che «se tutte le idee fossero libere di misurarsi sulla terra in modo che quella vera sia sul campo, la insulteremmo negando licenze e proibendo discorsi, perché dubiteremmo della sua forza». E ancora «lasciamo che l'idea vera e la falsità combattano, chi ha mai visto il vero soccombere in uno scontro libero e diretto?»[302].

Numerose e radicali sono state le obiezioni sollevate con riguardo a tali ricostruzioni, prima fra tutte quella relativista che nega l'esistenza di un vero oggettivo.

Cionondimeno, esse – ed in particolare l'idea di Mill – hanno trovato, sia pure con le dovute differenze, un riconoscimento anche giurisprudenziale nella più moderna teoria del *marketplace of ideas* che, a partire dalla *dissenting opinion* del giudice Holmes nella sentenza *Abrams,* è stata ripresa dai giudici americani nel corso di quasi un secolo[303]. Nello specifico, applicando il modello economico del libero mercato al

---

soprattutto, l'interpretazione che dello stesso è stata fatta dalla Corte Suprema al quale l'Autore guarda, con gli occhi dell'europeo, con «*admiración*» e «*estupor*».

[299] Nel senso della straordinarietà della concezione assolutista della *freedom of speech* si esprime la stessa dottrina statunitense. Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., 38 ss. Più in generale, sulle differenze di approcci tra ordinamenti occidentali e sistema americano v. A. CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, II, Padova, 2004, 151 ss.

[300] L'influenza nel dibattito italiano delle lezioni americane sulle *rationes* alla base della libera espressione è sostenuta da M. LUCIANI, *La libertà di espressione*, cit., 18. Un'approfondita sistematizzazione delle ricostruzioni americane in materia è contenuta in A. GALLUCCIO, *Punire*, cit., 58 ss. L'Autrice distingue tra teorie più risalenti consequenzialiste e più recenti non consequenzialiste, a seconda che si guardi alla libertà di espressione come un necessario corollario del buon funzionamento delle società o come diritto correlato al concetto di autonomia individuale. E ancora tra ragioni negative contro la criminalizzazione e ragioni positive a favore della libera espressione.

[301] J. STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it. della quarta edizione a cura di G. MOLLICA, Milano, 2000, 40 ss. L'Autore distingue le affermazioni potenzialmente vere da quelle certamente false. Così, mentre la censura delle prime non è ammissibile perché presupporrebbe una inaccettabile presunzione di infallibilità, la limitazione delle seconde è preclusa, sul dato che sminuirebbero l'idea opposta – vera – che, non più oggetto di confronto e dibattito, finirebbe per essere considerata un «dogma».

[302] J. MILTON, *Aeropagitica. Discorso per la libertà della stampa*, cit., 88.

[303] U.S. Supreme Court, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). A ben vedere, l'espressione *marketplace of ideas* è stata coniata da V. BLASI, *Reading Holmes trhough the lens of Schauer: the Abrams dissent*, in *72 Notre D.L. Rev. 1343, 1344*, 1997 (il Giudice Holmes, invece, parla solo di *market*). Per una approfondita analisi di tale teoria come elaborata nella citata sentenza cfr. A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?,* cit., cap. V.

mondo delle opinioni, si ritiene che il mercato delle idee, protetto da indebite interferenze esterne, sia capace di individuare da solo il proprio punto di equilibrio. Tuttavia, il fine non è più il vero ideale e immutabilmente giusto, ma un vero attuale che, corrispondendo con l'opinione della maggioranza della popolazione di un determinato contesto storico in uno stato di diritto, è intrinsecamente mutevole.

Indubbiamente, la teoria del *marketplace of ideas* ha un punto di forza nel suo carattere *content-neutral* che esclude di individuare a priori quali «speakers should be heard» e quali «shall be silenced»[304]. Tuttavia, tale modello non è immune da critiche che coincidono con quelle sollevate rispetto all'impostazione di Mill.

Il principale punto debole della teoria sta nella discutibile correlazione che essa presuppone tra libera espressione, intesa come dialogo non regolato tra le diverse impostazioni, e automatica prevalenza dell'idea migliore, più utile e favorevole al progresso (vera, per dirla con le parole di Mill). E infatti si può sollevare più di un dubbio sulla reale capacità di selezione di tale meccanismo privo di alcuna forma di correttivo, posto che, a fronte delle notevoli diseguaglianze degli operatori che mirano ad accedere nel mercato delle idee, l'assolutizzazione di tale ricostruzione finirebbe per perpetrare ingiustificate differenziazioni sociali tra gli individui[305].

In parte vicino alla formulazione moderna e relativista del mercato delle idee è anche il blocco di ragioni di matrice c.d. democratica: la libertà di espressione sarebbe, cioè, fondamentale per il corretto funzionamento dei sistemi democratici che deriva dalla consapevole partecipazione dei singoli cittadini[306].

La relazione tra siffatta libertà e democrazia è frequentemente apprezzata, altresì, dalla Corte Suprema Americana che, forse più delle altre, la richiama nella sua giurisprudenza[307].

Non mancano anche in questo caso possibili obiezioni, fondate soprattutto sul carattere totalmente utilitarista e consequenzialista dell'indirizzo, legato alla conservazione dell'assetto democratico *sic et simpliciter*.

Si è proposto, pertanto, di ancorare la ricostruzione al modello di democrazia costituzionale, in modo da garantire la protezione anche alle idee che non avrebbero alcuna reale opportunità di contribuire al benessere della società, perché assolutamente minoritarie o in aperta violazione del patto democratico su cui la società si fonda[308].

---

[304] R.J. KROTOSZYNSKI JR., *The First Amendment in Cross-cultural Perspective: A Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech*, New York University Press, 2006, 1625 ss.

[305] Questo tipo di riflessione critica al modello è ripresa, con riferimento specifico ai principali critici americani della teoria, da A. GALLUCCIO, *Punire*, cit., 63 ss., 68.

[306] La teoria, nella sua versione base, secondo la quale la libera espressione garantisce l'autogoverno su cui poggiano le democrazie moderne è stata concepita da A. MEIKLEJOHN, *The first Amendment is an absolute*, in *Supreme Court Rev 245*, 1961.

[307] Emblematica in questo senso è l'opinione del giudice Brandeis nella sentenza U.S. Supreme Court, *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

[308] La nozione di *constitutional democracy* è proposta da R. DWORKIN, *Foreword*, in I. HARE – J. WEINSTEN (a cura di), *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, 2009, V.

Quanto al terzo blocco di ragioni di matrice individualistica, esso si pone in una logica di radicale contrapposizione con le teorie anzidette[309]. Si tratta di ricostruzioni non consequenziali te che individuano nella libertà di espressione un fondamentale attributo dell'essere umano, inerente alla sua dignità. Il diritto di manifestare il proprio pensiero è protetto non in quanto strumento per il raggiungimento del bene sociale, ma per il valore che riveste per il singolo uomo, di cui rappresenta un diritto individuale assoluto, in quanto integrante la singola realizzazione personale.

La centralità della logica dell'autodeterminazione, in grado di accordare tutela anche alle idee rivoluzionarie e antisociali, è declinata in due diverse versioni nella dottrina americana.

Da un lato, Ronald Dworkin ritiene che ammettere delle eccezioni a tale libertà equivalga a negare un diritto umano internazionale che rappresenta un elemento costitutivo della democrazia stessa, intesa non in senso stretto ma nella sua garanzia minima. Quest'ultima, infatti, deve valorizzare la voce di ogni singolo soggetto, perché «se ci arrogassimo il potere di silenziare coloro che disprezziamo sacrificheremmo la legittimazione politica delle nostre azioni, che è più importante di costoro»[310].

Dall'altro lato, Thomas Scanlon, nel tentativo di superare alcune obiezioni alla suddetta teoria[311], ritiene che il potere statale, il cui limite è rappresentato dall'autonomia individuale, non può legittimamente restringere la libera espressione, indipendentemente dal fatto che le sue azioni producano un benefico per la comunità e anche se queste siano dannose socialmente[312].

Se queste appena passate in rassegna sono le principali ragioni positive poste alla base della tutela della libera manifestazione del pensiero, non mancano anche ragioni negative che sono addotte contro la criminalizzazione delle opinioni. In questo senso si spiega l'argomento della sfiducia di qualsiasi regolamentazione statale nel selezionare i contenuti del discorso pubblico[313], così come quello che vede nella libera espressione una valvola di sfogo del sistema che non sfoci nella violenza[314] o, ancora, quello che fa leva sugli effetti collaterali della censura, che, per eterogenesi dei fini, finisce per avvantaggiare proprio i soggetti censurarti[315].

Così indicate le ragioni alla base della protezione della libertà di espressione, va detto che esse rispondono, in ultima istanza, a prospettive filosofico-politiche[316]. Di conseguenza, i fautori dell'impostazione liberale riconosceranno priorità alla dimensione negativa della libertà di espressione, giustificandola

---

[309] In questo senso anche A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 77 ss.

[310] R. DWORKIN, *Foreword*, cit., V ss.

[311] A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 81 ss. ravvisa quali possibili obiezioni alla teoria la sua limitazione alle sole idee politiche e la mancata ricomprensione della comunicazione di fatti, notizie o istruzioni.

[312] T. SCANLON, *A theory of freedom of expression*, in *Phil e pub. Aff.*, 1972, 204 ss. In questo senso anche A. STRAUSS, *Pesuasion, Autonomy and freedom of expression*, 91, in *Colum. L. Rev.*, 334, 1991.

[313] F. SCHAUER, *Free speech: a philosophical enquiry*, Cambridge University Press, 1982.

[314] T. EMERSON, *Toward a general theory of the first amendment*, in *The yale law journal 72*, 1963, 885 ss.

[315] R. DWORKIN, *Foreword*, cit., IX.

[316] In questa direzione è interessante la prospettiva di analisi dei fondamenti interni della libertà di espressione secondo le correnti di pensiero filosofico-politche intrapresa da R. ALCÀCER GUIRAO, *La libertad del odio*, cit., 85 ss., il quale ritiene che la questione sull'ambito applicativo della libera espressione non sia nient'altro che una forma di definire i profili di una società ben orientata.

sull'autonomia dell'individuo e sulla sua autorealizzazione personale. Diversamente, chi predilige gli schemi democratici porrà l'accento sulla dimensione positiva della libertà, quale valore fondante per le decisioni pubbliche.

Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, le *rationes* che gli Autori e i giudici americani hanno individuato alla base della libera espressione sono spesso richiamate dai costituzionalisti e dai penalisti che si occupano del tema[317]. È vero, però, che negli scritti in materia risulta difficile individuare una unica e chiara ragione a fondamento della libertà, assistendosi piuttosto alla combinazione di giustificazioni differenti, sia pure assimilate per tratti comuni che affondano le radici nella ideologia di riferimento.

Prende spunto dalla copiosa riflessione americana, nel nostro ordinamento il dibattito che ha animato gli interpreti sul fondamento dei limiti alla libera espressione ha visto contrapposti un approccio individualistico ed un approccio funzionalistico. Si tratta di due diverse sensibilità – una più liberale[318], l'altra velatamente autoritaria – che, emerse sin dall'entrata in vigore della Costituzione, ancora oggi animano gli Autori che si occupano del tema.

L'orientamento tradizionale[319] predilige la concezione individualistica, in base alla quale la libertà di manifestazione del pensiero sarebbe garantita al singolo come tale, indipendentemente dai vantaggi e dagli svantaggi che possono derivarne allo Stato[320]. È in questa ottica che la libertà di parola è identificata nella classica pretesa negativa di garanzia contro ogni intervento dei pubblici poteri e dei privati[321].

Il risvolto positivo di tale garanzia sarebbe costituito dall'aspetto individualistico del diritto, che trae origine dal contenuto personalistico della Costituzione. L'art. 2 Cost. attribuisce all'uomo alcuni diritti inviolabili che, senza alcun riferimento agli interessi dell'ordinamento o della collettività quali elementi

---

[317] Una attenta ricostruzione del pensiero dei costituzionalisti e dei penalisti che si sono occupati del tema si ritrova in C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., e più di recente in A. GALLUCCIO, *Punire*, cit., 91 ss.

[318] L'orientamento individualistico è indicato come liberale, tra gli altri, da A. PACE – M. MANETTI, *Art. 21*, cit., *passim*.

[319] Riconosce la concezione individualistica come concezione tradizionale P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975.

[320] Il primo e più grande sostenitore della teoria individualistica è C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. sc. Soc.*, 1957-58, 49. Nello stesso senso si colloca anche l'opera di A.C. JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, cit., 42. Nella dottrina penalistica riprende tale prospettiva G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 1153, il quale parla di un «diritto individuale» che risulta «riconosciuto al singolo, in quanto tale, come diritto inviolabile e fondamentale della umana personalità da esercitarsi al di fuori di ogni riferimento alla doverosa tutela di un bene essenzialmente sociale». Tra gli altri Autori che seguono questo indirizzo rispetto all'art. 21 Cost. cfr.: V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà di informazione*, in *Il pol.*, 1964, 292 ss.; C. CERETI, voce *Pensiero (libertà di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Milano, 865 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità costituzionale della legge 3 febbraio 1963 n. 69*, in *Giur. cost.*, 1968, 342; L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione*, in *Quad. cost.*, 1987, 13. Anche in A. PACE – M. MANETTI, *Art. 21*, cit., *passim*, 23 ss. si parte da una concezione strettamente individualistica, pur mettendosi in luce la dimensione anche funzionale della garanzia.

[321] Sui rapporti tra libertà negative e diritto penale liberale è interessante la riflessione di G. COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*. *Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei*, Milano, 2016, 3 ss.

idonei a condizionarli[322], sono in grado di assicurare il libero sviluppo delle potenzialità umane anche come processo di partecipazione ai meccanismi sociali[323].

Del resto, solo richiamando la concezione individualistica si può far rientrare nella protezione del diritto anche la libertà negativa ad astenersi dal manifestare il proprio pensiero[324].

In tale prospettiva, cara al pensiero laico-liberale, si muoverebbe lo stesso dato normativo costituzionale dell'art. 21 Cost. che non sembra ammettere limiti alla libertà se non trovino fondamento nelle medesime disposizioni costituzionali, essendosi accantonate le proposte di finalizzazione pur avanzate in sede di discussione in seno alla Costituente sul titolo dedicato ai rapporti civili[325].

In altri termini, come è stato autorevolmente sostenuto, «non la democraticità dello Stato ha per conseguenza quella libertà, sicché possa determinarne la funzione ed i limiti, ma che le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà (e cioè la persona umana) portano tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico»[326].

Come si diceva, però, a tale approccio è contrapposta la concezione funzionale che comporta che la libertà di parola sia garantita solo nei limiti della sua utilità storicamente determinata, escludendosi dall'area del costituzionalmente garantito non solo i discorsi socialmente pericolosi ma anche quelli inutili al raggiungimento dello scopo sociale[327].

A ben vedere, però, di concezione funzionale si può parlare in due accezioni[328].

Un primo significato la individua come libertà riconosciuta in funzione di determinate qualificazioni ideologiche e limitabile nei confronti delle opinioni divergenti. Si tratta di una ricostruzione propria degli ordinamenti autoritari che, anche se non estranea ai sistemi liberaldemocratici come dimostrano l'art. 18 della legge fondamentale della Repubblica federale tedesca e l'art. 10 della Cedu, non pare confluita nel testo costituzionale italiano.

In un'altra accezione, poi, la prospettiva funzionale è utilizzata per sottolineare la rilevanza ultraindividuale della libertà, il suo essere cioè, al pari di altri diritti fondamentali, «momento

---

[322] Così, P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 55 e G. DELITALIA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, 383 ss.

[323] Sul tema è interessante la ricostruzione di C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, cit. L'Autore approda alla qualificazione delle libertà, anche quella di manifestazione del pensiero, come «istituzione» in senso stretto.

[324] In questo senso, A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 105 ss. e C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., nota 80. Riconosce un generale «diritto a non rilevare le proprie convinzioni» anche C. Cost. n. 12 del 1972 in *Giur. cost*., 1972, 64.

[325] Per un accenno al dibattito avvenuto in seno alla Prima Sottocommissione v. A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione pensiero*, cit., 105.

[326] Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 49 ss. Sul tema anche L. DELLI PRISCOLI, *Detenuti e diritto all'informazione*, in *Giust. pen.*, 2017, I, 312 e 313 (con riguardo a C. cost., 22 maggio 2017, n. 122). La stessa riflessione è ripresa, in termini analoghi, anche dal Servizio studi della Corte costituzionale anche se una simile petizione di principio non è stata mai esplicitata in alcuna pronuncia (così I. SPADARO, *op. cit.*, 25).

[327] Sulla funzionalizzazione della libertà di espressione, con particolare riguardo alla libertà di informazione attiva e passiva, cfr. N. JAEGER, *Il diritto della collettività alla informazione attraverso la stampa*, in *Just.*, 1959, 377; N. LIPARI, *Etica e professionalità del giornalista*, in *Just.*, 1982, 511 ss. e G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella società dell'informazione*, Milano, 1997, 82.

[328] La doppia accezione è confermata da A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 100-106.

irrinunciabile del metodo democratico»[329]. Tale connotato, particolarmente evidente qualora il pensiero venga diffuso attraverso gli strumenti di comunicazione di massa, spiegherebbe una funzionalizzazione della libera espressione da intendere solo in senso debole o metodologico, che sottolinea la rilevanza sociale della medesima, cioè la sua essenziale funzione nell'ambito di un assetto democratico[330].

Il concetto individualistico della libertà resterebbe, perciò, «logicamente e storicamente un *prius* rispetto alla caratteristica funzionale»[331], così che non si finirebbero per ammettere delimitazioni sostanziali della manifestazione del pensiero a tutela delle ideologie dominanti. La posizione in parola, infatti, non solo non è inconciliabile con una concezione aperta della suddetta libertà, ma può esserne un valido supporto: quanto più ampia è la possibilità di manifestare il pensiero tanto più trae giovamento il regime democratico.

Dal canto suo, la giurisprudenza della Corte costituzionale sembra complessivamente incline ad una lettura liberale di tutte le disposizioni contenute nel Titolo I, affermando, nello specifico, che i limiti alla libera espressione debbano fondarsi sull'esigenza di tutelare altri beni costituzionalmente protetti, secondo uno schema tipico della visione individualistica[332].

Cionondimeno, però, la Consulta pare utilizzare approcci diversi, talora anche di matrice funzionale, spesso finendo per far coesistere utilità individuale e utilità sociale. E ciò soprattutto con riguardo alla libertà di stampa, quale *species* della libertà di parola, subordinata al rispetto di requisiti (continenza, veridicità e pertinenza) che sembrano rivolti ad assicurare proprio l'utilità sociale[333].

Quanto sin qui considerato dimostra la scarsa significatività, al fine di spiegare il rapporto libertà-repressione della manifestazione del pensiero nei regimi liberaldemocratici, della contrapposizione tra concezione individualistica e funzionale che, a dispetto della rigida dicotomia, corroborata anche dalla tendenza dei giuristi a prediligere una o l'altra impostazione, non si escludono necessariamente a vicenda,

---

[329] Così, C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Torino, 1970, 399. Sulla rilevanza ultraindividuale del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero cfr., tra gli altri, C. MORTATI, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Cron. Soc.*, 14-15, 1947, 2-3; A. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 652; P. BARILE, *La libertà*, cit., 9 ss.; E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Padova, 1986, 9 ss. Sulla stessa scia A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 2016, 66 ss. e S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 119 ss.

[330] È significativo, in tal senso, che F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1984, 52-53, includa la libertà di espressione tra i diritti sociali che possono esercitarsi solo in rapporto ad altri membri della società e non in quelli personali o politici. Nella dottrina italiana, nello stesso senso cfr. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, in *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 143 ss.

[331] Così, P. BARILE, *La libertà*, cit., 11.

[332] Sulla evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul tema cfr. G. NICASTRO, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it,* 2015, 2 e I. SPADARO, *op. cit.*, 25 ss.

[333] In questo senso, cfr. E. CHELI*, La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di media*, 3-4, giugno 2013, in *www.cortecostituzionale.it*. L'importanza della funzione sociale della stampa e, in generale, del rilievo che la libertà di espressione ha in un regime democratico si rinviene in C. cost. n. 18 del 1966 in *Giur. cost.*, 1966, 185 ss.; Corte cost., n. 1 del 1981, in *Giur. cost.*, 1981, 17 ss.; C. cost. n. 20 del 1974, in *Giur. cost.*, 1974, 79 ss. («le critiche alle istituzioni vigenti possono valere ad assicurare, in una libera dialettica di idee, il loro adeguamento ai mutamenti intervenuti nella coscienza sociale») e Corte cost. n. 19 del 1972.

ma possono risultare persino complementari[334]. In altri termini, ogni manifestazione del pensiero, quale ne sia l'oggetto, è fonte di utilità sia per i singoli che per la collettività, come dimostra già sul piano teorico la presenza di funzioni individuali e collettive alla base della stessa[335].

Nella consapevolezza di tali risvolti, si muove la teorica costituzionale del c.d. discorso pubblico che sottende un'idea della libertà di pensiero tesa a riconciliare la naturale tensione personalista con il decisivo contributo ai processi di autogoverno democratico. In quest'ottica, il diritto in esame, da garantire sia nei confronti dello Stato che della comunità, sarebbe proiettato alla formazione di uno spazio politico, scevro il più possibile da limitazioni, lesive del principio contro maggioritario e della vita democratica dell'ordinamento, sempre che alla base vi sia indifferenza contenutistica ed effettivo accesso ai mezzi di diffusione delle idee[336].

2.1. Il significato controintuitivo della libertà nel modello di democrazia aperta e il suo paradosso

L'analisi dei fondamenti e delle possibili giustificazioni poste alla base della libertà di espressione dimostra il carattere complesso e la connotazione intrinsecamente duale di tale diritto, a mezza via tra la dimensione individualistica propria dei diritti umani e la prospettiva funzionale connessa al corretto funzionamento del sistema democratico.

Quanto detto dimostra, poi, come la predilezione per un approccio individualistico o funzionale della libertà in esame, con le evidenti conseguenze sulle sue possibili limitazioni, dipenda essenzialmente proprio dall'idea di democrazia condivisa nell'ordinamento. Declinando rispetto al tema in questione la più generale contrapposizione tra concezione "libertaria" e "dignitaria" dei diritti[337], la maggiore attenzione dello stato democratico verso la libertà o verso l'uguaglianza è in grado di spostare sensibilmente l'esito dei bilanciamenti tra libera espressione e contro-interessi confliggenti.

È per queste ragioni che la dottrina sottolinea come i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero non possano che essere cangianti e mutevoli, seguendo necessariamente le trasformazioni e gli sviluppi che, costantemente, vive la società democratica[338].

---

[334] Così, A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 96 ss. Nella stessa scia, sensibile ai vantaggi sociali della libertà di espressione pur senza mai ritenerli prevalenti cfr. C. MORTATI, *La libertà di stampa*, cit., 2-3; A. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà*, cit., 652. Lo stesso pensiero è espresso da P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953.

[335] La intrinseca socialità della libertà di espressione è sottolineata in questi termini da I. SPADARO, *op. cit.*, 27 ss.

[336] La teorica costituzionale della libertà di espressione come discorso pubblico è approfondita da C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, cit., *passim*.

[337] In generale su tale contrapposizione in tema di diritti, cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola. Roma*, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in *cortecostituzionale.it*, 8 ss.

[338] Così, A. GALUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 103-104.

Tutto ciò spiega perché il senso della libertà di espressione sia, in buona misura, contro-intuitivo[339]. La sua ragione d'essere primigenia, invero, risiede precisamente nel difendere l'eretico, il dissidente politico, colui che si oppone all'ordine costituito dei valori della società. La sua essenza più profonda consiste, quindi, proprio nel suo carattere eversivo, in quanto capace di modificare e mettere in discussione decodificazioni consacrate e dominanti[340].

Tale connotato emerge ancora più nitidamente nei contesti di democrazia c.d. aperta e tollerante.

Il costituzionalismo liberale successivo alla Seconda guerra mondiale, infatti, ha aperto la strada non solo ad una concezione materiale – e non più esclusivamente formale – della democrazia, ma ha anche posto il problema della necessità della sua protezione a fronte dei nemici della stessa.

Il superamento dell'individualismo nelle teorie democratiche ha innestato il dilemma delle democrazie tra la scelta sistematica di una impostazione chiusa e protetta, che si esplica attraverso l'espediente della limitazione orientata della libertà di espressione, e una impostazione aperta e tollerante[341].

La prima si riferisce ai sistemi democratici capaci di proteggersi da soli dai nemici della democrazia e della Costituzione[342]. Tale modello, sviluppatosi in Germania per rimediare alle falle della Repubblica di Weimar che avevano portato alla presa del potere da parte del nazionalsocialismo, è nato per contrastare i nemici interni e assicurare una democrazia duratura e stabile[343]. Esso si esplica nella previsione di una serie di norme antisovversive, che considerano incostituzionali ed escludono dalle assemblee elettive i movimenti antisistema[344].

Al contrario, le democrazie aperte sono quelle in cui la libertà di manifestazione del pensiero – anche se fortemente critica – è garantita sia all'interno degli organi rappresentativi sia in ambito sociale.

---

[339] Per questa osservazione G. TERUEL LOZANO, *El discurso del odio y el discurso negazionista: ¿ejercio de una libertad o abuso de derecho?*, in ALONSO-VÀSQUEZ (a cura di) *Sobre la libertad de expresiòon y el discurso del odio*, 2017.

[340] La tematica, molto delicata ed ampia, è quella della libertà di espressione come libertà di pericolo Cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012.

[341] La contrapposizione tra democrazie aperte e protette risale, nel sistema italiano, ad A. CERRI*, Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, cit., 1, 1969, 1178 ss. che la riconduce all'interpretazione del dovere di fedeltà alla Repubblica di cui all'art. 54 Cost. Più di recente, cfr. V. PUPO, *La democrazia intollerante. Quanta libertà si può limitare in difesa della libertà*, in *www.federalismi.it,* 14 febbraio 2018, *passim.* Per altro verso, C. SALAZAR, *I "destini incrociati" della libertà di espressione e della libertà di religione: confitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quad. dir. pol. Eccl.*, 1, 2018, 80 rilegge tale dicotomia, suggerendo una distinzione tra «sistema di protezione meno appariscente» e quelli che ne presentano invece uno «maggiormente strutturato».

[342] Il riferimento è al termine tedesco *wehrhafte Demokratie*, letteralmente "democrazia capace di difendersi", detta anche "democrazia protetta". Il concetto è stato ideato negli anni Trenta dal filosofo tedesco, esiliato negli Stati Uniti, K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *The Am. Pol. Science Rev.*, 1937, 417-432, 638-658.

[343] Per un chiaro approfondimento sul processo che ha portato alla democrazia in Germania dopo il crollo di un regime non democratico, cfr. A. CASTALDO, *Dall'imposizione al successo. La democratizzazione tedesca in prospettiva comparata*, Napoli, 2014.

[344] Almeno altri due sistemi hanno sviluppato una forma di democrazia protetta: innanzitutto, quello austriaco che, con una legge costituzionale, persegue l'obiettivo di contrastare eventuali aspirazioni nazionalsocialiste; in secondo luogo, quello della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo, dove l'art. 17 Cedu vieta l'abuso dei diritti fondamentali garantiti dalla stessa carta (*infra* par. 6.1).

L'ordinamento italiano corrisponde proprio a quest'ultimo modello, dato che, come si è detto, la Costituzione non prevede limiti intrinseci e immanenti alla libertà di espressione che risulta, apparentemente, illimitata[345].

Ciò vuol dire che, in contesti siffatti, la protezione della democrazia non si realizza a posteriori, ma è insita nell'attuazione del sistema, per il tramite dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti, secondo la logica della tolleranza[346]. In una democrazia così congegnata, allora, dovrebbe risultare impossibile piegare il diritto a manifestare il proprio pensiero ad una funzionalizzazione in senso forte agli interessi del potere politico, dovendosi, piuttosto, permettere a tutte le opinioni di esprimersi, a fronte della lucida presa di coscienza della loro irriducibilità[347].

Tuttavia, chi accoglie questa idea non può non confrontarsi con la contraddizione che essa necessariamente porta con sé e che coincide con il tradizionale «paradosso della tolleranza»[348].

La questione – irrisolvibile una volta e per tutte – è comprendere se, in un sistema aperto come quello descritto, la tolleranza vada garantita sempre e comunque, finanche nei confronti di quelle manifestazioni di dissenso così radicali da minare i fondamenti della democrazia o se, invece, si possano riconoscere etiche intollerabili[349].

Si badi, infatti, che democrazia aperta non significa democrazia neutra o nichilista. Si può fare riferimento ad un modello tollerante, che riconosce – anche ai propri stessi nemici – le libertà pubbliche nella loro massima estensione, però dotato di un ordine di valori proprio, a promozione dei quali interviene non nella logica della punizione e della limitazione ma sottoforma di stimolo delle politiche che realizzano i valori democratici.

L'esito del dilemma, centrale nella dinamica dei reati di opinione, è tutt'altro che scontato, perché fortemente influenzato da numerose variabili, connesse principalmente al momento storico e alla sensibilità di riferimento[350].

3. La «portata» soggettiva e oggettiva della libertà di espressione

[345] In generale, sul fondamento relativistico della democrazia italiana v. C. MORTATI, sub *art. 1*, in *Comm. Cost.,* G. BRANCA (a cura di), *Il foro italiano*, Bologna-Roma, 1971, 3.

[346] Il concetto di tolleranza è descritto da N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 243.

[347] Sul punto è significativa la riflessione di C. FIORE, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 900 ss., secondo il quale la democrazia finisce per «contraddirsi quando sceglie di difendersi dal contagio delle idee».

[348] Il dilemma è teorizzato da K. POPPER, *The open society and its enemies*, V, Princepton University Press, 1966, 543 ss.

[349] Sul tema in generale cfr. A. DI GIOVINE, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005. Nello specifico, con riguardo al negazionismo, v. le osservazioni di D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2016, 997 ss. che prospetta come l'intolleranza dell'intollerante possa mutare il diritto penale da «puro regno della garanzia» in «crudele campo di battaglia» delle posizioni contrapposte.

[350] Con riguardo ai reati di opinione una parte della dottrina penalistica italiana rivendica il massimo della protezione a fronte di qualsiasi manifestazione di pensiero. In questo senso, C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 156; D. PULITANÒ, *Spunti critici in tema di vilipendio*, cit., 228. Critico rispetto a questa prospettiva, tenendo conto anche dei relativi paradossi, è C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 106 ss.

L'indagine sulle ragioni e sul fondamento interno del principio di libertà di espressione costituisce un'operazione prodromica imprescindibile per cogliere, come si è anticipato, il senso e la ragione d'essere di tale diritto, indagandone l'ambito di applicazione (c.d. portata della libertà) e la relativa tutela apprestata nel rapporto con altri principi fondamentali (c.d. peso della libertà).

Iniziando ad esaminare la portata dell'art. 21 Cost., un primo profilo su cui merita prestare attenzione è l'ambito soggettivo di applicazione della norma costituzionale. Il riferimento letterale, infatti, si caratterizza per la straordinaria vastità della platea dei beneficiari, coincidente con «tutti» i consociati, in ciò differendo dalla formulazione riservata ad altri diritti fondamentali, circoscritti ai soli cittadini[351]. La scelta non è casuale, essendo stata oggetto di un accesso dibattito in seno alla Prima Sottocommissione dell'Assemblea costituente[352].

A ben vedere, l'estensione soggettiva della protezione costituisce l'effetto dell'inerenza della libertà di parola alla natura di ogni essere umano, a prescindere dalla sua cittadinanza, altrimenti prospettandosi il rischio di ridurre il contributo intellettuale degli stranieri in ambito artistico, scientifico o politico[353].

Del resto, anche l'argomento della diversità di trattamento rispetto ad altri diritti costituzionali è poco probante, essendo tale differenziazione superata in via interpretativa dalla giurisprudenza costituzionale che conferma, finanche per i diritti politici, la tendenza soggettiva espansiva[354].

Più controversa è stata – e continua ad essere – l'individuazione del contenuto oggettivo della libertà di espressione, anche perché esso è profondamente condizionato dalle conclusioni che si accolgono rispetto alla natura – come si è visto problematica – del diritto. I principali dubbi ermeneutici hanno riguardato il significato da attribuire al termine "pensiero" contenuto nella norma costituzionale, se ristretto e limitato al pensiero astratto o più ampio e comprensivo di qualsiasi tipologia di manifestazione espressiva di carattere emotivo.

Alcuni Autori, infatti, hanno messo in discussione l'ampia portata della garanzia costituzionale, negando l'assunto secondo cui qualunque affermazione proveniente da qualsivoglia essere umano sia, come tale, oggetto della tutela che la Costituzione accorda alle manifestazioni del pensiero.

Le teorie in esame, tra loro numerose e in parte differenti, si sforzano di selezionare le "vere" manifestazioni del pensiero, genuinamente meritevoli di tutela costituzionale, da quelle che, invece, tali non sarebbero e che, dunque, la legge penale potrebbe senza problemi incriminare.

---

[351] Si pensi alla libertà di associazione e di riunione o al principio di eguaglianza formale di cui all'art. 3 Cost.

[352] Sul punto è significativo l'emendamento a firma dell'on. Giulio Andreotti discusso nelle due sedute del 14 aprile 1947 e ritirato il medesimo giorno volto a limitare anche la libera espressione ai soli cittadini. V. Atti A.C., LXXXVII e LXXXVIII sedute, 14 aprile 1947, 2809 ss., 2832 ss.

[353] In questo senso, I. SPADARO, *op. cit.*, 74.

[354] Di recente l'assunto è argomentato da A. RUGGIERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in *Cons. online*, 1, 2015, 132 ss. Per una riflessione analoga, con riguardo ai diritti sociali, C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 3, 2014, 5 ss. e, con riguardo ai diritti politici, A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, in *Quad. cost.*, 1, 2002, 51 ss.

In questa logica può spiegarsi anche l'opzione fatta propria da autorevole dottrina che, valorizzando l'attributo "proprio" che la norma costituzionale riferisce al "pensiero", ritiene protetto il solo pensiero originale ed autentico, con esclusione sia dei casi in cui il soggetto riferisce idee altrui, sia di quelli in cui egli menta, facendo così divergere il pensiero dichiarato da quello reale[355].

Ad un più attento esame, però, le cose appaiono diversamente[356]. E infatti, gli stessi sostenitori della tesi originalista hanno finito per ammettere la necessità di tutelare anche le manifestazioni del pensiero che, seppure non concepito *ab initio* dal parlante, sia stato da questi fatto proprio[357], non fosse altro perché altrimenti l'art. 21 Cost. varrebbe solo per quegli individui capaci di concepire idee assolutamente inedite. Anche l'idea che il subiettivamente falso sia sprovvisto di tutela suscita perplessità, perché tale concezione, da un lato presupporrebbe l'esistenza di vere e proprie "verità di Stato" e, dall'altro, contraddice l'assunto secondo cui a connotare il pensiero è la sua provenienza da un'attività psichica e mentale, a nulla rilevando la mala fede del parlante[358].

Lo sforzo di separare il "vero" pensiero dal "falso" pensiero, al fine di delimitare l'ambito applicativo della garanzia costituzionale, ha trovato una celebre esemplificazione nella teoria dei limiti logici alla libertà di manifestazione del pensiero, sostenuta, anche se in differenti versioni, da illustri esponenti della dottrina italiana[359]. Tale approccio, fondandosi sulla forma dell'espressione e non sui suoi contenuti, distingue il pensiero "puro" dalla condotta che, seppure costituita dall'espressione di un pensiero, presenta tratti "attivizzanti", e cioè che risulti teleologicamente orientata a suscitare nei destinatari comportamenti modificativi della realtà. In buona sostanza, esclusivamente le manifestazioni che producono solo pensiero sono costituzionalmente tutelate. Al contrario, quelle che determinano un sentimento o un'azione non meritano di rientrare nell'ambito applicato dell'art. 21 Cost. e nulla esclude che le stesse, per scelta legislativa, siano sanzionate penalmente.

La tesi che considera estranea alla garanzia costituzionale ogni forma comunicativa che si traduca in «principio o incitamento all'azione» è stata, a più riprese, sostenuta dagli Autori che si sono occupati del tema fra gli anni '50 e '70, in versioni di volta in volta aggiornate[360].

---

[355] In questo senso, A. PACE, *Delimitazione della garanzia costituzionale: esclusione del «subiettivamente» falso*, in A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna-Roma, 2006, 88-89 e C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 36 ss.

[356] La riflessione si legge in I. SPADARO, op. cit., 75 ss.

[357] L'approccio originalista si spiega soprattutto con riguardo al diritto d'autore. Cfr. sul punto G.M. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 13 che parla di «furto del pensiero altrui».

[358] Nel senso che la «menzogna» non è vietata in sé in quanto espressione del pensiero si esprime P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 17 ss. che, allo stesso tempo, però, sostiene l'inconfigurabilità di un vero e proprio diritto costituzionale di mentire. Più di recente sul diritto di mentire, con riguardo al tema delle *fake news* cfr. T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit., 99 ss.

[359] Il primo illustre esponente di tale ricostruzione è S. FOIS, *Principi costituzionali*, cit., 1957 che, parallelamente, prospetta anche la teoria delle materie privilegiate. È significativo rilevare che, in generale, la configurazione di limiti logici rappresenta un connotato «insito nel diritto medesimo», come chiarito sin dalla prima pronuncia della Consulta (cfr. C. cost., 4 giugno 1958, n. 36, in *Giur. cost.*, 1958, 487 ss. con nota di V. CRISAFULLI).

[360] Sulla scia tracciata da Fois si collocano, nella letteratura penalistica, G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 13; P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva*

Particolarmente suggestiva è la rielaborazione che pretende di derivare i limiti logici da un'operazione neutrale di applicazione pratica del principio di non contraddizione, che priverebbe di copertura costituzionale le manifestazioni del pensiero che negano, in forma attivizzante, i valori di un modello ordinamentale libero (la c.d. città aperta)[361].

Anche la giurisprudenza della Corte costituzionale è stata a lungo influenzata da tale esegesi, probabilmente allo scopo di salvaguardare il più possibile l'assetto liberale riflesso nella Costituzione, senza rinunciare alla logica repressiva propria del Codice Rocco[362]. Così, in numerosi arresti si legge che le forme espressive che trascendono il puro pensiero esulano dalla garanzia, volta a proteggere le sole manifestazioni dirette a sollecitare nei destinatari un'attività di pensiero, e non anche quelle in cui si registra un «contegno causalmente diretto sulla volontà altrui»[363].

Applicando tali coordinate, sono state escluse dal novero delle manifestazioni tutelate dall'art. 21 Cost. l'istigazione diretta e indiretta (apologia), la propaganda, l'eccitamento al dispregio delle istituzioni[364], le grida e le manifestazioni sediziose, essendo invece non criminalizzabile la mera esposizione di una ideologia.

A partire dagli anni '70, però, l'approccio dei limiti logici risulta definitivamente tramontato nelle ricostruzioni in materia[365].

Da un lato, la teoria è destituita di un fondamento testuale che giustifichi la distinzione tra le forme di pensiero, non rinvenibile nella generica formulazione dell'art. 21 Cost[366]. Dall'altro, si prospetta la

logica dell'ordinamento, in AA.VV., *Legge penale e libertà di pensiero. Atti del III Convegno di diritto penale-Bressanone-Padova*, 1966, 13.; G. DELITALIA, *I limiti giuridici alla libertà di stampo*, cit.

[361] Il riferimento è alla rielaborazione della teoria di Fois proposta da P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero*, cit.; ID., *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971. L'Autore connette l'ampiezza della manifestazione del pensiero al tipo di ordinamento giuridico di riferimento (città aperta, semiaperta e stato totalitario).

[362] In questo senso, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 96 ss.

[363] Così, G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero,* in G. BETTIOL (a cura di), *Legge penale e libertà di pensiero*, Padova, 2006. 81 ss. L'Autore sottolinea come del concetto di limite logico si sia servita anche la Corte costituzionale per rigettare, almeno in un primo momento, i dubbi di legittimità costituzionale di alcune disposizioni del Codice. In questo senso C. Cost., 27 febbraio 1973, n. 16 dove si legge che l'istigazione sarebbe «azione essa stessa»; C. Cost., 11 luglio 1966, n. 100 in Giur. cost., 3, 1966, 1220 con nota di G. LOMBARDI, *Fedeltà qualificata e limiti modali alla libertà di manifestazione del pensiero pensieri e prospettive*, che parla di «principio di azione». Analogamente, C. Cost. 8 luglio 1957, n. 120; C. Cost. 6 luglio 1966, n. 87; C. Cost. 4 maggio 1970, n 65. Sul punto è interessante la ricostruzione operata da D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 241 ss.

[364] Sull'art. 327 c.p. è interessante la sentenza della C. Cost. n. 100 del 1966 in cui si legge: «l'eccitamento al dispregio delle istituzioni, anche allorquando si attui con la parola e con mezzi di persuasione, non perde quel carattere di impulso, e di principio di azione, diretto ad offendere, che lo qualifica e vale a differenziarlo nettamente dalla manifestazione del pensiero».

[365] Il superamento della teoria dei limiti logici è indicato da G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., 101; M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust.*, 4, 2015, 28 ss. e R. ZACCARIA, *Il dissenso politico ideologico alla luce dei principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2016, 877 ss.

[366] La teoria dei limiti logici è aspramente criticata da P. BARILE, *La libertà*, cit., 1975.

sostanziale superfluità di una tutela costituzionale limitata al solo pensiero statico, dimenticandosi, tra l'altro, che ogni pensiero può condurre all'azione[367].

Nondimeno, appare oggi in via di superamento anche la distinzione tra espressioni concernenti o non concernenti "materia privilegiata" (o, secondo altra terminologia, forma privilegiata). Secondo un certo orientamento dottrinale, infatti, determinate tipologie di espressione, sarebbero sottratte al regime dell'art. 21 Cost., ad esempio in tema di buon costume e, conseguentemente, ne sarebbe illegittima la relativa sanzione[368].

Sul piano normativo, la tesi sembrerebbe suffragata dagli artt. 19 e 33 Cost. che, rispettivamente in ambito religioso e culturale, sanciscono una libertà senza eccezioni[369].

Tuttavia, al di là delle molteplici difficoltà che tale ricostruzione pone sul piano applicativo[370], come dimostrano anche le oscillazioni sul punto della giurisprudenza costituzionale[371], le ragioni della tutela rinforzata accordata alle manifestazioni del pensiero a carattere politico, religioso, scientifico o artistico finiscono per presentare un contenuto intrinsecamente assiologico, con il rischio di aprire il varco ad un inammissibile sindacato sul contenuto e sul valore dell'altrui pensiero[372].

L'attuale letteratura non accoglie neppure la distinzione tra manifestazione di pensiero alto che, in quanto evoluto e colto, sarebbe il solo preso in considerazione dall'art. 21 Cost., e il pensiero basso, escluso dalla relativa tutela[373]. In senso critico si sostiene, infatti, che ogni espressione cha abbia una qualche rilevanza

---

[367] Per questa critica alla teoria cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 127 e L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 145. Sul collegamento imprescindibile tra pensiero e azione, la cui distinzione è solo «fittizia e arbitraria» cfr. E. LAMARQUE, *I reati di opinione*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 158 ss. Che «*every idea is an incitement*», del resto, è confermato dallo stesso giudice Holmes nella sentenza *Abrams.*

[368] La teoria delle materie privilegiate è stata proposta, parallelamente alla configurazione dei limiti impliciti, da S. FOIS, *Principi costituzionali*, cit., 46 ss. e *passim* e si fonda sulla necessità di garantire la possibilità di esprimersi liberamente soprattutto alle minoranze in modo da aspirare a divenire maggioranza politica in un contesto ordinamentale conflittuale e antagonista. La tesi è criticata da P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero*, cit., 360 ss. che, piuttosto che di materie privilegiate, preferisce parlare di forme privilegiate, nel senso che, al di fuori di esse, l'apposizione di un limite alla manifestazione del pensiero sarebbe sempre consentita al legislatore ordinario, anche in mancanza di una espressa riserva costituzionale.

[369] In questo senso, G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1972, 413 ss. e A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21 Cost.*, Padova, 1992, 391 ss..

[370] Con specifico riguardo alla libertà di propaganda religiosa v. le osservazioni critiche di M. D'AMICO, *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Riv. AIC*, 2, 2015, 5 ss.

[371] Tra tutte, cfr. C. cost., 27 giugno 1975, n. 188 su cui F. ONIDA, *Vilipendio della religione e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giur. cost*., 1975, 3160 ss.

[372] Per una critica all'impostazione in questione, anche nella versione aggiornata di Nuvolone, cfr. C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 95 ss. L'Autore sottolinea come tale teoria finisca per consolidare l'arsenale repressivo del Codice Rocco, giustificando la legittimità costituzionale di numerose condotte ricomprese tra i reati contro l'onore e la reputazione, le varie forme di vilipendio e l'attività di stampa. Assai critico nei confronti della teoria è anche C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 90 e nota n. 24.

[373] La teoria è di G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici*, cit., 10 ss. ed è ripresa, in parte, anche da G. DELITALIA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, cit., 959 ss. Con specifico riguardo ai reati di vilipendio in cui il pensiero manca di una qualsivoglia struttura dialogica cfr. S. PROSDOCIMI, voce *Vilipendio (reati di)*, cit., 744 ss.

socioculturale è per ciò solo meritevole di tutela, senza che possa darsi rilievo a requisiti qualitativi, influenzabili da giudizi valoriali[374].

Da ultimo, è stata prospettata una tesi che definisce la portata della libertà di espressione in termini teleologici e non ontologici. Si è ritenuto, cioè, che «il legislatore non ha il potere giuridico di vietare una condotta solo perché questa comunica un certo messaggio, un certo contenuto di pensiero proprio del suo autore, una certa idea». Tuttavia, non contrasterebbe con la libertà in parola «una norma che vietasse una condotta tipicamente comunicativa, se la prendesse in considerazione non per il contenuto di pensiero comunicato, ma per un qualche aspetto esterno che la connotasse quale modificazione della realtà»[375].

A ben vedere, però, anche questa ricostruzione – che tende a ridurre fortemente l'ambito applicativo dell'art. 21 Cost. – non è immune da critiche, finendo per riproporre, in modalità apodittica, la dicotomia da tempo superata forma/sostanza in materia di manifestazione del pensiero[376].

L'analisi appena svolta dimostra come tutte le teorie – ontologiche o teleologiche che siano – elaborate al fine di circoscrivere l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 21 Cost. non convincono fino in fondo, anche perché, oltre ad essere prive di un fondamento testuale costituzionale, non riescono nei fatti a selezionare le forme di pensiero da garantire sulla base di criteri neutrali ed affidabili[377].

Ciò spiega la predilezione della recente dottrina per un approccio estensivo che faccia rientrare nel concetto di manifestazione del pensiero rilevante ai sensi della garanzia costituzionale ogni forma espressiva sia dell'intelletto che dell'emozione, dotata di senso compiuto e proveniente da qualsivoglia essere umano, finanche con riguardo al pensiero altrui[378].

Si badi, però, che il fatto che anche le manifestazioni di pensieri potenzialmente falsi, di basso livello o considerati dalla legge in quanto tale, siano attratti dall'art. 21 Cost. non significa che siano tutte aprioristicamente legittime.

4. Il «peso» politico criminale della libertà di espressione: le sue limitazioni penalistiche e il ruolo del buon costume

Individuata la portata della libertà di espressione, occorre interrogarsi su quale sia il peso della stessa. È cioè decisivo, ai fini della presente indagine, cogliere il grado di tutela che tale garanzia è capace di apprestare, nella relazione che l'art. 21 Cost. intrattiene con le altre disposizioni costituzionali con esso

[374] Per una ricostruzione delle critiche a tale teoria cfr. A. GALLUCCIO, *Punire*, cit., 29 ss. Gli Autori che più hanno sollevato obiezioni a tale tesi sono: A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 725; D. PULITANÒ, *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 224 e C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 129.

[375] Il riferimento è a A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 689 ss.

[376] I rilievi critici alla teoria sono elaborati da A. GALLUCCIO, *Punire*, cit., 33 ss., la quale nota come lo stesso A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2017, 606 adotta un'impostazione differente che non esclude radicalmente le manifestazioni del pensiero periferiche dall'ambito di applicazione del diritto, salvo però assegnare loro una minore resistenza ai bilanciamenti.

[377] In questo senso, ancora, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit.

[378] L'approccio estensivo è sostenuto, con dovizia di argomentazioni, da A. GALLUCCIO, *Punire*, cit., 18 ss.

potenzialmente confliggenti. Solo tale operazione, infatti, permette di legittimare limitazioni, anche tramite lo strumento penale, delle manifestazioni del pensiero rilevanti ai sensi della Costituzione.

Quest'ultima, a ben vedere, contempla un solo limite esplicito rappresentato dal buon costume. Nello specifico, l'art. 21 co. 6 Cost. pone il divieto delle pubblicazioni a stampa, degli spettacoli e di tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume[379].

Ne deriva che, qualora l'espressione del pensiero fosse sussumibile in tale clausola, il problema della relativa sanzionabilità potrebbe dirsi risolto.

Sennonché, il Costituente non ha chiarito l'esatta fisionomia della fattispecie e la giurisprudenza (anche costituzionale) e la dottrina, che si sono occupate del complesso significato da attribuire a tale concetto, non sono giunte a soluzioni univoche[380].

Una prima interpretazione estensiva legge il buon costume come sinonimo del generale "sentimento etico", mutuando il significato adottato nell'ordinamento di diritto civile[381].

Tale lettura, però, finisce per accentuare l'indeterminatezza di un concetto, che già di per sé è poco in linea con i canoni della legalità. Si è osservato, infatti, che in questo modo, tutti gli atti penalmente vietati, poiché condannati dalla coscienza morale, dovrebbero rubricarsi come contrari al buon costume, in questo modo conferendosi al legislatore una quasi illimitata potestà sulla libertà di pensiero[382].

Analoghe perplessità sorgono in riferimento all'orientamento c.d. costituzionalistico che, sostenuto da una corrente minoritaria della dottrina, ritiene di fare riferimento al complesso dei principi costituzionali relativi ai rapporti etico-sociali, tra i quali si stagliano i diritti inviolabili dell'uomo, i diritti della famiglia e la protezione della gioventù[383].

Per tali ragioni, sembra più prudente, in relazione alla natura di limite ad una libertà fondamentale, accogliere il buon costume nella sua accezione letterale. In questi termini, in conformità con quanto emerge nei lavori preparatori384, l'interpretazione restrittiva lo configura come proiezione del pudore sessuale e della decenza.

---

[379] Sul tema, oltre ai lavori già citati di C. Esposito, S. Fois e P. Barile, v. F. MANTOVANI, *I limiti della libertà di manifestazione del pensiero in materia di fatti criminosi, con particolare riguardo alle due sentenze della Corte costituzionale sul divieto di pubblicazione di determinati atti processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 635. Più di recente sul tema M. CUNIBERTI, *Il limite del buon costume*, in M. CUNIBERTI (a cura di), *Percorsi di diritto dell'informazione,* Torino, 2006 e R. PERRONE, *Buon costume e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015, 37 ss.

[380] M. MANETTI, *Il limite del buon costume*, in A. PACE-M.MANETTI, Art. 21, cit., 220 fa riferimento a una fisionomia «articolata e che non si presta ad una lettura univoca».

[381] Nello specifico, gli interpreti di diritto civile intendono il buon costume, quale limite all'autonomia dei privati e condizione di validità del negozio giuridico, nel senso dell'insieme dei principi etici che, in una determinate epoca storica, sono conformi alla morale pubblica. Tra tutti, cfr. A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 700 ss.

[382] In questo senso, C. ESPOSITO, *La libertà*, cit., 42 ss. e R.G. DE FRANCO, *Il buon costume quale limite alle manifestazioni del pensiero: può esso dirsi un concetto normativamente determinato?,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1966, 179 ss.

[383] Tra i suoi sostenitori E. CAPACCIOLI, *Rapporti fra prevenzione e repressione in tema di spettacolo,* in *Problemi giuridici della prevenzione e della espressione in materia di spettacolo,* in *Convegni di studio "Enrico De Nicola"*, Milano, 1963, 136 ss.

[384] Per la ricostruzione dei lavori preparatori dai quali emerge che il limite del buon costume fu adottato, dopo molte polemiche, in sostituzione di quello più ampio di moralità pubblica v. P. BARILE*, Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 460 ss. e L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 147 ss.

Così inteso, il buon costume coincide con la medesima nozione accolta nella legislazione penale[385], legittimando la punizione delle manifestazioni di pensiero in «perversione» dei costumi, che tendono, in particolare, ad eccitare l'istinto sessuale[386].

Quanto alla giurisprudenza costituzionale, la stessa, fin dalle sue prime pronunce, ha accostato il buon costume al comune senso del pudore, escludendo la sua coincidenza con la coscienza morale ed etica e costruendolo come «moralità pubblica», volto a garantire, oltre al mantenimento del pudore sessuale, anche la dignità personale ed il sentimento morale dei giovani[387].

Da ultimo, tuttavia, la Corte pare avere, almeno in parte, disatteso gli orientamenti dottrinali sul punto. Nello specifico, in occasione del giudizio dell'art. 15 della legge sulla stampa n. 47 del 1948 si è affermato che il turbamento del comune sentimento della morale coincide in sostanza con quello di buon costume ai sensi dell'art. 21, co. 6 Cost., quale «minimo comune denominatore etico». Tale insieme di valori, «non soltanto comune alle diversi morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea», si esaurirebbe, nella società multiculturale italiana, nel rispetto della persona umana e della sua dignità, consacrato dall'art. 2 Cost.[388]

La suddetta ricostruzione giurisprudenziale, ribadita anche successivamente dalla Consulta[389], si è però esposta ad alcuni rilievi critici della dottrina[390].

Senza dubbio, la soluzione ha il pregio di definire il buon costume in termini oggettivi. Tuttavia, la stessa non tiene conto che il titolo del Codice dei delitti contro la moralità pubblica presuppone la distinzione tra «morale» e «buon costume», essendo incentrato più sul concetto di osceno che su quello di dignità.

---

[385] Sul concetto penalistico di pudore, anche nel suo aspetto dinamico e finalistico, v. C. CUPELLI, voce *Onore e pudore sessuale (atti contrari all')*, in *Diz. dir. pub.*, IV, Torino, 2006, 3941 ss.

[386] Si tratta del c.d. orientamento penalistico che, maggioritario in dottrina, ritiene di attribuire al buon costume il significato che esso assume nel diritto penale. Aderiscono a tale orientamento: G. VASSALLI, *Prevenzione e repressione: Aspetti penalistici,* in *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo,* in *Convegno di studio Enrico de Nicola*, Milano, 1963; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale,* Milano, 1966; S FOIS., *Principi costituzionali*, cit., 24 ss.; F. MANTOVANI, *Considerazioni in tema di tutela penale della morale dei minori e di pubblicazioni in materia sessuale,* in *Temi,* 1966, 678 ss.; P. NUVOLONE, *Limiti alla libertà di stampa nell'art. 15 della legge 8 febbraio 1948 n.47,* in *Arch. pen*., 1952, 557; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 459 ss.; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano,* 41 ss.; G. DELITALIA, I *limiti giuridici alla libertà di stampa,* cit., 391; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 469 ss. La concezione non è comunque unitaria, non concordando gli Autori sul significato di morale sessuale: secondo alcuni farebbe riferimento ai soli reati del Titolo IX; secondo altri includerebbe anche le offese alla pubblica decenza; altri ancora ritengono che il limite dovrebbe riguardare solo le manifestazioni in perversione dei costumi che tendono a suscitare l'istinto sessuale.

[387] In questi termini cfr. C. Cost., 4 febbraio 1965, n. 9. L'accostamento del buon costume al senso del pudore si rinviene anche, con riguardo al divieto di annunci e corrispondenze amorose, in C. cost., 21 novembre 1968, n. 120 in *Foro.it*, 1969, 1, 14 ss. Il quadro è arricchito con il riconoscimento della relatività storica, ambientale e culturale dei *boni mores* da C. Cost., 10 marzo 1971, n. 49 su cui A. PIZZORUSSO, *Dalle doppie pronunce alle decisioni overruling*, in *Giur. cost.*, 1971, 527 ss. Più tardi, C. Cost., 27 luglio 1991, n. 368 su cui R. ORRÙ, *La pubblicità delle condotte come requisito essenziale della nozione del buon costume ex art. 21 Cost. e come vincolo all'attività interpretativa del giudice*, in *Giur. cost.*, 5, 1992, 3566 ss. connette il buon costume ai valori espressi dall'art. 2 Cost.

[388] Il riferimento è a C. cost., 17 luglio 2000, n. 293 su cui v. R. PERRONE, *Buon costume*, cit., 53 ss.

[389] La prospettiva del 2000 è stata ribadita anche da C. Cost., 5 aprile 2002, n. 92 (ore.). Sul punto cfr. I. SPADARO, *op. cit.*, 141.

[390] Per alcune significative osservazioni critiche della lettura proposta dalla Corte costituzionale cfr. I. SPADARO, *op. cit.*, 142 ss.

La lettura proposta, dunque, non è del tutto coerente con il sistema, se si pensa, tra l'altro, che in Costituzione è fatto autonomo impiego del vocabolo "dignità" in altre disposizioni e non in quella relativa alla libertà di manifestazione del pensiero.

Decisiva è anche la circostanza, emersa dai lavori preparatori, secondo cui la locuzione "buon costume" venne utilizzata per sostituire quella, ritenuta eccessivamente ampia, di "moralità pubblica".

Il rischio sotteso a tale lettura è di svuotare la portata garantista dell'art. 21 Cost., mediante l'apposizione di un limite che appare elastico e onnicomprensivo; a meno che non venga declinato il concetto di dignità in senso soggettivo[391], in tal modo però vanificando la funzione di parametro di liceità che al buon costume è assegnata dall'art. 21 Cost.

Quanto detto dimostra che la lettura dell'art. 21 co. 6 Cost. appare vaga e non del tutto soddisfacente, con conseguente impossibilità di utilizzare tale clausola per indagare la legittimità o meno delle varie forme di punizione delle opinioni.

4.1. Dalle teorie statiche dei limiti impliciti al dinamismo del ragionevole bilanciamento costituzionale

Va, quindi, individuata la tecnica più appropriata per fissare e dare legittimazione ai limiti (penali) c.d. esterni che possono essere apposti alla libertà di espressione, a fronte della tutela di contro-interessi ugualmente rilevanti.

Una prima impostazione teorico-dottrinale si fonda sull'idea che l'art. 21 Cost., oltre a presentare il limite esplicito anzidetto, contempla una serie di limiti impliciti, desumibili dalla lettura della Costituzione nel suo complesso[392].

Così ragionando, la dottrina e la giurisprudenza hanno finito per individuare numerose limitazioni alla libera espressione, in buona sostanza corrispondenti alle diverse norme penali contenute nel Codice[393].

---

[391] Una nozione di dignità in senso soggettivo sembrava patrocinata da C. Cost., 24 ottobre 2018, n. 207 nella diversa materia dell'aiuto al suicidio di un soggetto costretto a vivere in condizioni che egli stesso ritenga non dignitose, ma il riferimento è stato ridimensionato da C. cost., 25 settembre 2019, n. 242. In proposito C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere*, cit. 46, accenna al possibile cortocircuito tra tale nozione soggettiva e la lettura della dignità di matrice marcatamente oggettiva enucleabile da C. cost, 7 giugno 2019, n. 141 in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione. Sulle differenze argomentative tra le due sentenze costituzionali sull'art. 580 c.p., anche con riguardo alla dignità, v. anche S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice"*, cit., 2159 ss. e M. D'AMICO, *Il fine vita davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della Sent. n. 242 del 2019)*, in *Oss. Cost.*, 1, 2020, 300. Sul significato di dignità umana e la sua declinazione soggettiva e concreta spunti interessanti, sempre con riguardo all'ordinanza n. 207/2018, in G. FONTANA, *Dignità umana e autodeterminazione terapeutica nelle scelte di fine vita*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, 145 ss.

[392] Fra i primi sostenitori di questo metodo con riguardo alla libertà di espressione vi è C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 157 ss. Più di recente, le teorie statiche nella fissazione dei limiti alla libera espressione sembrano riprese da L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 153 ss. e A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21*, cit., 23 ss.

[393] La teoria dei limiti impliciti è stata in parte, specie in passato, avallata anche dalla Corte costituzionale. Cfr. C. cost., n. 9 del 1965 che fa riferimento a limiti che «si possono trarre mediante la rigorosa applicazione delle regole dell'interpretazione giuridica» e C. cost., n. 87 del 1966 che, più specificamente parla di «altri limiti dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, parimenti garantiti dalla Costituzione».

La fitta inflazione di beni penalmente protetti è la diretta conseguenza della sufficienza della semplice individuazione di un interesse di rilievo costituzionale che si rapporti in termini conflittuali con la libera manifestazione del pensiero per ammettere la limitazione, anche penalistica, di quest'ultima[394].

Proprio per queste ragioni, la prospettiva è stata efficacemente definita irenista-monista, volta com'è a tracciare, in astratto e una volta e per tutte, il perimetro del diritto, senza che sia valutata dalla sensibilità dell'interprete la prevalenza o la soccombenza della libertà rispetto al contro-interesse di riferimento[395].

Tale lettura si traduce, inevitabilmente, in una tutela debole per la libera manifestazione dei pensieri che, per la sola presenza passiva di beni di rilevanza costituzionale che essa pone in tensione, può legittimamente e immediatamente essere compressa, senza che siano necessari ulteriori giudizi.

Di questo passo, della libertà di espressione rischia di «non rimanere più niente», visto che non c'è quasi nessuna entità della vita individuale o collettiva, a cui la Costituzione non faccia in qualche modo riferimento[396].

La pretesa della teoria è ambiziosa: rinvenire l'equilibrio del sistema nel testo e considerare lo stesso immutabile e costante nel tempo, a prescindere dalle contingenze sociali del caso di specie.

L'effetto pratico, poi, è molto vicino a quello che deriva dalla teoria dei limiti logici, vale a dire legittimare, di fatto, tutto l'assetto repressivo fissato, sulla base di una logica autoritaria, dal Codice del 1930.

Nel corso degli anni, l'elenco dei limiti impliciti esterni alla libertà di espressione è andato via via allungandosi[397], anche per effetto dell'individuazione di diritti che, seppure non menzionati espressamente in Costituzione, ne sono desunti in via teleologica o in virtù della lettura aperta dell'art. 2 Cost. Molti di questi, poi, appaiano incerti, non solo sotto il profilo del loro fondamento, ma soprattutto dal punto di vista dell'uso che ne fa la giurisprudenza[398].

Ecco perché le dottrina più attenta preferisce legittimare le eventuali limitazioni penalistiche alla libera espressione attraverso lo strumento principe per l'interpretazione delle moderne Costituzioni

---

[394] Sul punto, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 477 ss.

[395] Fa riferimento alla prospettiva irenista o monista nella questione relativa ai limiti penalistici alla libertà di espressione C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 52 ss. L'efficace terminologia è ripresa da A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 18 ss., 40 ss. In generale, su tale prospettiva monista, fuori dalla materia in esame, si veda B. CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2005, 58 ss. e M. BARBERIS, *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in *Analisi e diritto*, Torino, 2005, 1 ss.

[396] Così, DELITALIA, *I limiti giuridici della libertà di stampa*, cit., 385 e C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 89.

[397] L'esame di tutti i principali limiti esterni implicitamente riconosciuti alla libera espressione è contenuto in I. SPADARO, *op. cit.*, 164 ss. È il caso dell'onere individuale per le fattispecie di diffamazione e ingiuria, del prestigio istituzionale nelle ipotesi di vilipendio politico, della libertà religiosa (artt. 7, 8, 19, 20 Cost.) per i messaggi rivolti contro le Divinità, del culto dei morti quando l'esternazione vilipendiosa offende il comune sentimento di pietà verso i defunti. Prevarrebbe nel bilanciamento con la libertà di espressione, altresì, il mantenimento dell'indipendenza nazionale (artt. 52 e 54 Cost.), messo in pericolo nei reati di intelligenza, così come l'ordine pubblico materiale o quello legale costituzionale, o ancora il rispetto della legge penale e, infine, l'uguaglianza.

[398] Lo rilevano in senso critico C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 58 ss.; D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Qual. giust.*, 1971, 187 ss.; C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 47 ss. Più di recente, nello stesso senso si muovono le riflessioni di C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, cit., 145 ss.; M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, cit., 39 ss. e A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 40 ss.

rappresentato dal bilanciamento costituzionale[399]. Si rinuncia, così, all'elaborazione di una teoria organica e statica che predetermini limiti validi in ogni tempo e in ogni luogo, a vantaggio dell'idea della composizione di un conflitto affidato ad un giudizio, prima legislativo e poi giudiziale, ispirato al fondamentale canone della ragionevolezza[400].

La lettura dei limiti della libertà di espressione non viene fondata, quindi, su una esegesi superficiale della Carta dei diritti, che si accontenti di individuare i beni, le istituzioni e gli interessi in essa considerati. Al contrario, per legittimare l'apposizione del limite è necessario cogliere nel sistema della legge fondamentale una chiara indicazione in tal senso.

La Costituzione, infatti, «non è un prontuario di valori allineati», a caso, l'uno dopo l'altro; ma piuttosto un sistema di principi direttivi, che fra loro si ordinano e si combinano, talora secondo una precisa gerarchia di interessi, più spesso componendosi in un equilibrio, non sempre di facile ricostruzione[401].

Allora, il margine valutativo delle decisioni sulle compressioni del diritto, le cui coordinate sono storicamente mutevoli e diversificate a seconda della società in cui sono collocate, diventa centrale.

Entrambe le soluzioni prospettate, comunque, corrispondono ai possibili strumenti attraverso cui attuare le Costituzioni nelle moderne democrazie occidentali. Da un lato, quella che concentra l'attenzione nel testo scritto e vede nell'interpretazione di questo una mera operazione logica. Dall'altro, quella che dà priorità all'opera interpretativa non meramente meccanica ma costituiva delle norme giuridiche.

Se la teoria statica dei limiti impliciti è sicuramente espressione di un approccio giuspositivista al testo normativo, l'idea del bilanciamento costituzionale sottende la necessità liberal-democratica di riconoscere che i valori sono plurali e tra loro confliggenti secondo equilibri cangianti e mutevoli[402].

L'operazione di bilanciamento, per quanto influenzata dalle circostanze di tempo e di luogo in cui il giudizio si innesta, deve comunque essere ispirata a canoni di prevedibilità e tendenziale ricostruibilità *ex ante*[403].

Ancora una volta, dunque, un ruolo dirimente in tale meccanismo è svolto dalle ragioni poste a fondamento della libera espressione che rendono il bilanciamento ragionevole.

---

[399] L'approccio, con riguardo alle limitazioni alla libera espressione, è inaugurato da P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 80 ss. La tesi è sostenuta anche da G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile*, cit., 18 ss.; 1974, 776 ss. Sulla stessa scia cfr. anche L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, cit., 5 ss., 12 ss. e A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 1988, 112 ss. e *passim*.

[400] In generale sulla teoria del bilanciamento ragionevole cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992 e, con riguardo ai rapporti civili, G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, 716 ss.

[401] Così, C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 89-90.

[402] In questo senso, cfr. A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali, 2008, II, II, 185 ss.; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982 e P. MADDALENA, *I percorsi logici per l'interpretazione del diritto nei giudizi davanti la Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 11, 2011, *passim*. La contrapposizione tra i due approcci è compendiata anche da G. PINO, *Diritti fondamenti*, cit., 66.

[403] Sull'importanza della logica del bilanciamento ragionevole nelle limitazioni penalistiche alla libera espressione A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 43 ss. e C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 69 ss.

Infatti, la piena consapevolezza del ruolo – come si è cercato di dimostrare di difficile decifrazione – che spetta alla libertà di espressione in uno Stato liberal-democratico porta a prendere atto che praticamente nessun bene costituzionalmente tutelato può considerarsi, per ciò solo, immunizzato a priori contro manifestazioni espressive avverse[404]. Qualunque possa essere la natura e l'importanza del bene protetto, l'interprete dovrà ugualmente farsi carico di stabilire se la sua protezione possa o meno considerarsi prevalente sull'esigenza di realizzare in modo pieno e certo la libertà di manifestazione del pensiero[405].
Del resto, tale logica pare ispirare in via trasversale la recente giurisprudenza costituzionale, mossa sempre di più dall'esigenza di garantire una protezione sistemica e di integrazione reciproca dei diritti fondamentali, stigmatizzando l'automatica e «l'illimitata espansione» di uno di essi che rischierebbe di divenire «tiranno» nei confronti degli altri[406].

5. La crisi del sistema originario dei reati di opinione: l'art. 21 Cost. come «libertà minacciata dalle pene»

L'entrata in vigore della Costituzione e la solenne affermazione della libertà di espressione, dotata di una intrinseca dimensione precettiva, rappresentano un caratteristico momento di rottura con la prospettiva autoritaria propria del Codice del 1930.
Quello dei reati di opinione, così come originariamente configurati dal legislatore fascista, costituisce sicuramente uno dei settori in cui più stridente risulta il contrasto con il nuovo spirito democratico-repubblicano, anche per i rilevanti risvolti politico-simbolici connessi all'esercizio della giurisdizione penale.
Si tratta, infatti, di una porzione del penalmente rilevante ideologicamente orientata e legata ad una certa idea dello Stato. Come si è avuto modo di vedere, le principali fattispecie di opinione erano sostanzialmente asservite alla difesa di una precisa ideologia a cominciare da quella che pone lo Stato e le sue istituzioni assolutamente al di sopra del singolo cittadino-suddito, fino a giungere a quella che utilizza l'elemento religioso quale ulteriore collante e valore-simbolo di identificazione per gli stessi cittadini-sudditi all'interno dello Stato[407].

---

[404] Così, D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero*, cit., 193.
[405] In questo senso è interessante la considerazione di C. FIORE, *Cronaca giornalistica e delitti contro l'onore*, Napoli, 1967, 7 ss., 28 ss., secondo il quale tale approccio va applicato anche alle c.d. materie privilegiate: rifiutandosi una tutela differenziata della manifestazione del pensiero a seconda della materia si ritiene che, al più, in presenza di tali fattispecie vi sarebbero ragioni per risolvere il conflitto a vantaggio della libertà di espressione. Tale lettura sarebbe recepita anche dal legislatore ordinario nel 1944, per la disciplina dell'*exceptio veritatis* (art. 596, co. 2, nn. 1 e 3).
[406] Il riferimento è alla nota presa di posizione di C. cost., n. 85 del 2013 e n. 264 del 2012 (la prima con nota di D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge Ilva*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 1498 ss.). Il principio, seppure espresso in un ambito diverso da quello in esame, ben si adatta a spiegare le limitazioni penalistiche alla libertà di espressione.
[407] Così, C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 167 ss.

I nuovi valori costituzionali mettono in crisi l'ossatura di fondo dell'impalcatura repressiva del 1930, vale a dire l'identificazione del delitto d'opinione con il reato strettamente politico.

Da qui, l'esigenza, avvertita dalla dottrina più sensibile all'indomani del 1948, di rendere compatibile con i nuovi principi l'assetto punitivo dei reati di opinione.

Se così non fosse, l'appello alla Costituzione rischia di essere svuotato di ogni contenuto, perché il valore del richiamo ai principi costituzionali sta in gran parte proprio nel significato che essi assumono come punto di partenza per un processo democratico di superamento dell'impianto repressivo costituito dalla moltitudine di reati (d'opinione per quel che interessa a questi fini), specie se di derivazione fascista[408].

In questo senso, la Carta fondamentale «non servirebbe veramente a nulla, se non fosse in grado di sviluppare i suoi effetti conducendo immediatamente alla rottura della unità sistematica precedente»[409].

La paralizzazione dell'effetto diretto dell'art. 21 Cost. a sopprimere sue limitazioni ne implica il sostanziale svuotamento, finendo per divenire una «libertà minacciata dalle pene», che renderebbe solo apparente il diritto e «lo muterebbe, anzi, nel suo opposto»[410]. Dietro una prospettiva, che riconosce un mero valore programmatico alla proclamazione della libertà di espressione, privando di significato il principio di superiorità gerarchica delle norme costituzionali rispetto a quelle ordinarie, si cela un rifiuto della Costituzione e della sua capacità di superare le intollerabili limitazioni dei diritti.

In ogni caso, questa concezione dei rapporti tra diritti di libertà e norme penali corrisponde ad un orientamento che, almeno al livello teorico, appare decisamente tramontato. Più arduo è dire, se lo stesso riguardi anche la posizione mentale che questo indirizzo sottintendeva o se la medesima si possa intravedere negli indirizzi recenti, pur nella ormai generale concordanza di vedute sulla centralità della libertà di espressione del pensiero e della eccezionalità delle sue limitazioni[411].

Nel corso del tempo, la difesa del diritto in esame dalle insidie penalistiche, con particolare riguardo alla materia dei reati di opinione, ha portato a un fiorire di elaborazioni teorico-dottrinali che pur, nella grande varietà di punti di visti politico-ideologici, di premesse teorico-normative, di strategie metodologiche-interpretative, di approcci interdisciplinari e di soluzioni prospettate *de lege data e de lege ferenda*, sono caratterizzate da un minimo comune denominatore: la «missione» alla base degli studi. Da questo punto di vista, l'obiettivo è congegnare dispositivi teorici e interpretativi in grado di fornire modelli organici di implementazione del dettato costituzionale che permettano il superamento o quantomeno la correzione del sistema in senso orientato alla nuova sintesi di valori democratici[412].

La compatibilità dell'assetto dei reati di opinione con i vigenti principi costituzionali può essere, allora, seguita attraverso due traiettorie.

---

[408] Così. ancora C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 93 ss.
[409] Così, A. MITTONE, *Il Codice repressivo,* cit., 21.
[410] Così, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 3.
[411] Sottolinea questo aspetto, C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 88.
[412] In questi termini, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 52-53.

Una prima posizione, proposta coraggiosamente da una parte autorevole della dottrina, rifiuta *tout court* l'esistenza della categoria, perché in palese contrasto con la libertà di cui all'art. 21 Cost.[413]

Una seconda linea di pensiero, vagliata dalla maggior parte degli interpreti pur nella diversità di risultati pratici raggiunti, propende, invece, per una ricostruzione dei delitti in esame in termini compatibili con l'odierno assetto costituzionale. Il che vale a dire valutare quali disposizioni incriminatrici ad oggi presenti nell'ordinamento fanno riferimento a compressioni giustificabili della libertà di espressione, ed espungere dall'ordinamento quelle che, al contrario, sono riconducibili a limitazioni non in linea con il precetto costituzionale, o, quantomeno, in attesa di una modifica legislativa in tal senso, tentare di rileggerle in termini che risultino compatibili.

Il fine di rendere conformi ai principi fondamentali le fattispecie di opinione richiede, in altri termini, il completamento del processo, iniziato ma non ancora concluso, di laicizzazione della categoria criminosa oggetto del presente lavoro, mediante il superamento dell'identificazione del delitto d'opinione con il delitto politico[414]. Si potrebbe, cioè, come si è anticipato, sottrarre rilevanza penale a tutte quelle manifestazioni del pensiero poste a difesa dell'assetto politico-istituzionale dello Stato, ancora oggetto di repressione nonostante non corrispondano ad una effettiva rottura violenta delle regole della democrazia, né siano giustificate in base ad un coerente giudizio di bilanciamento di interessi[415].

L'auspicato processo di inversione dovrebbe, in ultima istanza, svilupparsi intorno alla tendenza verso un sistema di «diritto penale minimo», in cui, cioè, il potere pubblico sia rigidamente limitato e vincolato dalla legge, e minimo sia l'intervento dello Stato nella restrizione delle libertà negative[416].

Tutto ciò premesso, nel proseguo si cercherà di valutare se e come gli *input* costituzionali avvertiti dalla dottrina più attenta circa il sistema dei reati di opinione e la sua tensione con la libertà di cui all'art. 21 Cost. siano recepiti dai principali operatori del mondo dei diritti. In primo luogo, dalla Corte costituzionale, organo di riferimento per la rigidità della moderna democrazia costituzionale. In seconda battuta, dal legislatore, unico legittimato democraticamente nelle scelte politico criminali. Ed infine, dalla giurisprudenza – di legittimità e di merito –, impegnata nell'applicazione pratica delle fattispecie incriminatrici e dunque ultima responsabile della limitazione penalistica alla libera espressione.

5.1. La posizione della Corte costituzionale: il ruolo salvifico del pericolo concreto implicito

[413] Questa proposta è audacemente avanzata da C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., *passim*.
[414] L'osservazione si legge in L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 166 ss.
[415] In argomento, cfr. M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, cit., 112 ss., 533 ss. L'Autore si pronuncia nel senso dell'esigenza di una profonda modifica di tutta la disciplina in materia di reati di opinione, in particolare con riguardo ai delitti di vilipendio.
[416] Sull'idea di un «diritto penale minimo» con riguardo alla rilettura costituzionalmente orientata dei reati di opinione *infra* cap. 4 par. 8.

Si è visto come, indubbiamente, al cospetto di fattispecie che limitano profili essenziali delle libertà democratiche, uno sforzo di adeguamento al paradigma costituzionale di diritto penale sia doveroso.
Piuttosto che il legislatore, il cui intervento tardivo si è rilevato come si dirà a breve disorganico e non del tutto soddisfacente, sono state la Consulta e, in tempi più recenti, la Corte Edu ad impegnarsi in un'opera di revisione costituzionalmente e convenzionalmente orientata del sistema dei reati di opinione.
A partire dagli anni Sessanta, la giurisprudenza costituzionale, sia pure con pronunce differenti quanto a dispositivo e ad efficacia formale, ha mostrato un atteggiamento sostanzialmente omogeneo.
Attraverso l'argomento del bilanciamento degli interessi, per la verità spesso ancorato alla teoria statica dei limiti logici, la Corte ha salvato dal conflitto con la Costituzione la maggioranza delle norme impugnate, fissandone al contempo le condizioni di legittimità[417].
Punto di riferimento di tale orientamento è costituito dalla sentenza n. 65 del 1970 in tema di apologia di reato. La Consulta ne ha reinterpretato l'oggetto del divieto alla stregua di un'istigazione indiretta: non più semplice difesa elogiativa di un reato, bensì «quella che per le sue modalità integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»[418].
Analoga impostazione si è seguita anche per l'apologia di fascismo e manifestazioni fasciste, ricondotte alle sole ipotesi prodromiche in concreto alla ricostituzione del partito fascista, in linea con la XII disp. trans. e fin. Cost.[419]
Quanto alle fattispecie di istigazione, la Corte, seguendo le medesime considerazioni, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'istigazione all'odio fra le classi sociali (art. 415 c.p.) «nella parte in cui non specifica che deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità», altrimenti prestandosi a incriminare la semplice opera di persuasione di ideologie e dottrine politiche[420.]
D'altro lato, si è arrivati a salvare perfino l'istigazione ai militari a disobbedire alle leggi (art. 266 c.p.). In questo caso la Consulta ha avuto cura di precisare che la norma penale, giustificata dal dovere di cui all'art. 52 Cost., non può essere interpretata nel senso di punire anche mere manifestazioni di pensiero critico su cose militari[421.]
A ben vedere, il giudice delle leggi, ora con interpretazioni restrittive ora con accoglimenti parziali, ha indicato i requisiti costitutivi minimi, nel rispetto della Carta fondamentale, delle principali fattispecie d'opinione.

---

[417] Sul ruolo della libertà di espressione nella giurisprudenza costituzionale sui reati di istigazione e apologia cfr. D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., 245 ss.
[418] Corte cost. n. 65 del 1970, su cui A.C. JEMOLO, *Lo stato può difendersi*, in *Giur. cost.*, 1970, 957; G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 18.
[419] Corte cost. n. 1 del 1957 (apologia di fascismo) e nn. 74 del 1958 e 15 del 1973 (manifestazioni fasciste).
[420] Corte cost. n. 108 del 1974, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 444 ss., con nota di C. PEDRAZZI, *Sentenze manipolative in materia penale?*
[421] Corte cost. n. 71 del 1978, in *Foro it.*, 1979, 1, 899 ss. con nota di L. STORTONI, *L'incostituzionalità dei reati di opinione: una questione "liquidata"?*

Valorizzando l'offensività in concreto, ipotesi di pericolo presunto sono state reinterpretate in chiave di pericolo concreto (implicito). Detto altrimenti, la legittimità dell'istigazione e dell'apologia, intesa quale forma indiretta della prima, è stata fondata sul fatto che con esse si prospetta già la concreta azione da compiere.

Nell'orientamento della Corte v'è stata quindi, almeno in astratto, una forte valorizzazione della dimensione ermeneutica della libertà di espressione. Questa, nelle parole dei giudici costituzionali, rappresenta il riferimento per l'interpretazione costituzionalmente orientata e, dato il suo carattere fondamentale, non ammette limitazioni su via presuntiva, neppure al fine di tutelare altri beni di rilievo costituzionale[422].

Le applicazioni pratiche del principio, però, destano più d'una perplessità[423]. Dall'esame, nel suo insieme, della giurisprudenza costituzionale sull'art. 21 Cost. emerge una sorta di timidezza, che finisce spesso per paralizzare l'efficacia delle pronunce che poteva sembrare implicita nelle premesse della decisione.

E infatti, gli interventi della Corte sui reati di opinione si presentano costellati di interventi di tipo manipolativo con sentenze di rigetto, interpretative e condizionali. Nei rari casi in cui, poi, il risultato è una dichiarazione di illegittimità, questa presenta i tratti della parzialità, consentendo una più o meno ambigua sopravvivenza della disposizione incriminata.

Alla radice di molte decisioni di questo genere vi è una insufficiente o erronea determinazione dell'interesse protetto nell'incriminazione di una manifestazione del pensiero.

È così potuto accadere che l'origine e la funzione pratica di alcune disposizione del Codice Rocco sia stata ridotta a mera *occasio legis* e dichiarata del tutto irrilevante, nonostante che nella prassi continuasse ad essere centrale l'originaria matrice ideologica[424].

Analogamente, la Corte ha collegato a determinati fattispecie esigenze di tutela che erano, del tutto insussistenti, o affidate ad altre norme del sistema. Tale ultimo aspetto si coglie, in termini emblematici, nella prima sentenza costituzionale sull'art. 553 c.p., con la quale si stabilì la legittimità del divieto di propaganda anticoncezionale, proprio sul presupposto che la norma avesse come oggetto di tutela il buon costume e non già l'interesse all'incremento demografico della popolazione. In questo modo, nella ridefinizione dell'oggetto del reato, si trascurò di considerare che i beni asseritamente collegati all'art. 553 c.p. trovavano già esauriente protezione in altre disposizioni dell'epoca. Come sottolineò la dottrina, l'effetto fu quello di prorogare la validità incondizionata di un divieto la cui *ratio*, difficilmente spiegabile nell'attuale quadro costituzionale, era del tutto intrinseca alla politica di incremento delle nascite, perseguita dal fascismo a scopo bellico e di potenza[425].

---

[422] Tale indicazione generale risulta chiaramente da Corte cost. n. 188 del 1975, in *Giur. cost.*, 1975, 1508 (vilipendio).

[423] Così, già C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 88 ss.

[424] Cfr. ad esempio le già citate sentenze n. 9/65 e n. 87/66.

[425] In questi termini critici rispetto alla sentenza, cfr. C. *FIORE, L'art. 553 c.p., la Costituzione e la riforma del Codice penale, in Annali* della Facoltà di Giur. dell'Università di Macerata, XXX, 1971, 121 ss.; F. BRICOLA, *L'art. 553 come limite penale alla libertà del pensiero,* in AA.VV. (a cura di) *Legge penale e libertà del pensiero. III Convegno di diritto*

La verità è che la Consulta, al di là delle dichiarazioni di principio, appare più preoccupata di evitare (ipotetiche) lacune nella protezione penalistica dei beni, che non di assicurare alla manifestazione del pensiero quella espansione che ad essa vollero garantire i costituenti[426].

Non si potrebbe spiegare altrimenti la paradossale conclusione che si dovrebbe trarre dalla sua giurisprudenza in materia penale, e cioè che nel sistema del Codice Rocco, sicuramente concepito per esprimere la politica penale di un regime non rispettoso della libertà di opinione soprattutto politica, non vi fossero, o quasi, reati di opinione[427].

Più di recente, un indirizzo assimilabile a quello, da lungo tempo sostenuto dalla Corte costituzionale, è stato valorizzato anche dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, che ha accolto un significato particolarmente garantista della libertà riconosciuta dall'art. 10 Cedu[428].

Le medesima, centrale in ogni società democratica e pluralista, esprimerebbe le sue potenzialità, soprattutto per le «informazioni o idee che offendono, indignano o turbano»[429].

Ebbene, rispetto alle numerose ipotesi di istigazione e apologia di cui ancora oggi sono dotati la maggioranza degli ordinamenti continentali, i giudici di Strasburgo hanno individuato la soglia di punibilità non valicabile a livello del pericolo concreto. Perciò, analogamente a quanto accaduto nell'ordinamento interno, si ritiene che, ai fini dell'incriminazione, le condotte debbano presentare un carattere di pericolosità per interessi pubblici significativi, tali da renderle direttamente o indirettamente funzionali alla realizzazione di attività criminali[430]. Altrimenti, qualsiasi interferenza nella libertà di espressione dei cittadini non potrebbe essere consentita; essa, invero, non risulterebbe né necessaria in una società democratica né proporzionata con riguardo alla effettiva esigenza di protezione dei diritti altrui e della sicurezza collettiva[431].

5.2. I meriti e i limiti della riforma legislativa del 2006

Le istanze di riduzione dell'ambito del penalmente rilevante, espresse dalla giurisprudenza costituzionale, sono state recepite dal legislatore, sebbene solo in parte, con la legge 24 febbraio del 2006, n. 85 recante "Modifiche al Codice penale in materia di reati di opinione".

penale – Bressanone, Padova, 1966, 59 ss.; FLEURY, *è costituzionalmente legittimo il divieto di propaganda a pratiche anticoncezionali?*, in *Gist. Pen.*, 1964, I, 253 ss.

[426] Così, C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 93.

[427] Ancora in questi termini C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 94.

[428] Sulla giurisprudenza convenzionale in tema di art. 10 Cedu *infra*, par. 6.1 e dottrina ivi citata.

[429] Così, C. Edu, 23 settembre 1998, *Lehideux et Isorni c. Francia*. Sul tema *infra* par. 6.1.

[430] Cfr. C. Edu, 9 maggio 2018, *Stomakhin c. Russia*. In materia di discorso d'odio politico meritano di essere segnalate anche C. Edu, 15 marzo 2011, *Otegi Mondragon c. Spagna* e C. Edu, 1 febbraio 2011, *Faruk Temel c. Turchia*.

[431] Per un approfondimento sul tema v., *infra* par. 6.1. In questa sede giova anticipare che, recentemente, il profilo della proporzione della sanzione inflitta sembra costituire il cuore delle questioni di legittimità convenzionale in materia.

Lo scopo perseguito dal Parlamento, nel rapportarsi per la prima volta alla cifra problematica complessivamente riconoscibile a tali fattispecie, è consegnare alla categoria un volto compatibile con la Costituzione.

Se, dunque, l'ispirazione di fondo sembra sicuramente condivisibile, gli esiti dell'intervento, come si vedrà, sono per più versi «contraddittori e insoddisfacenti»[432].

Tralasciando le modifiche aventi ad oggetto i delitti di attentato posti a tutela della personalità dello Stato – rispetto alle quali non sono mancate critiche serrate della dottrina[433] – è opportuno concentrare l'attenzione sulla nuova regolamentazione dettata con riguardo specifico all'assetto dei reati di opinione, rispetto alla configurazione originaria degli stessi.

Un primo punto sul quale si è inteso incidere è quello relativo al *deficit* di determinatezza di tali fattispecie, almeno nella parte in cui si è cercato di precisare la portata offensiva di alcune delle disposizioni in questione.

L'intento sembra emergere chiaramente con riguardo all'assetto dei reati di vilipendio, sostanzialmente conservato[434].

Rispetto ad essi, innanzitutto, l'intervento legislativo, nel tentativo di tipizzare maggiormente la condotta, ha introdotto nel testo degli artt. 292 e 299 c.p. (vilipendio alla bandiera dello Stato italiano e vilipendio alla bandiera di uno Stato estero), il requisito delle "espressioni ingiuriose" come mezzo di realizzazione della fattispecie.

Si è inserita, poi, l'ipotesi di "vilipendio reale" nel secondo comma dell'art. 292 c.p., in virtù del quale si punisce con la reclusione fino a due anni "chiunque pubblicamente e intenzionalmente" danneggia la bandiera nazionale e non anche quella estera, con la conseguenza che in questa ipotesi troverà applicazione la tutela comune prevista dall'art. 635 c.p. e, qualora ricorra anche l'aggravante di cui al secondo comma, la pena – paradossalmente – sarà superiore rispetto a quella prevista per l'omologa condotta posta in essere nei confronti della bandiera nazionale[435].

---

432 In questi termini, A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 728. Un giudizio analogo sulla novella è espresso da T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo stato,* in *Guida al diritto*, 2006, 14, 23 ss.; A. CLEMENTE, *Modifiche al c.p. in materia di reati di opinione, a seguito della l. n. 85 del 2006*, in *Giurisprudenza di merito*, I, 2007, 33 ss.; G. GAMBERINI-G. INSOLERA, *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti*, in *Dir. e giustizia*, 2006, VI, 94 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli: le "modifiche in materi di reati di opinione" introdotti dalla L. 24 febbraio 2006, n. 85,* in *Foro.it*., V-11, 2006, 218 ss.

433 T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato,* cit., 24 parla, con riguardo alla riscrittura delle fattispecie di attentato di cui agli artt. 281, 283 e 289 c.p. (quest'ultimo solo in parte) e di associazione sovversiva (270 c.p.), di un intervento «puntiforme» foriero di conseguenze paradossali. Sulla stessa scia, M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche,* in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 8, 962 evidenzia come la scelta legislativa non sia assistita da una «plausibile giustificazione» e sia dunque «inutile, alla luce del consolidato orientamento interpretativo della struttura dei delitti di attentato, per altro verso contraddittoria e foriera di nuovi interrogativi». Rilievi critici sono sollevati anche sul versante opposto della irragionevole limitazione della tutela penale da D. PULITANÒ, *Riforma dei reati di opinione?,* in *Corriere giuridico*, 2006, 6, 745 ss. e D. NOTARO, *Modifiche al Codice penale in materia di reati di opinione,* in *Legisl. Pen*., III, 2006, 404 ss.

434 In questo senso, C. RUGA RIVA, *sub art. 290 c.p.,* in E. DOLCINI-G.MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, II, Milano, 2006, 2043 ss. e T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato*, cit., 26 ss.

435 Tale contraddizione è ben evidenziata da T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato*, cit., 27 ss. e C. VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli*, cit., 221 ss.

Ancora, in materia di vilipendio religioso il legislatore si è limitato, a parte qualche modifica, a recepire i moniti della Corte costituzionale. Scompare, infatti, sia il riferimento alla "religione di Stato" e ai "culti annessi", sostituiti dall'espressione "confessioni religiose", come confermato anche dalla nuova rubrica del Capo I del Titolo IV del Codice penale, sia la distinzione sanzionatoria fondata sul tipo di religione offesa[436].

Una ristrutturazione ha riguardato anche l'art. 404 c.p. e, per certi versi, l'art. 3, primo comma, l. 654/75 (oggi art. 604 *bis* c.p.).

In questo ultimo caso, la novella ha sostituto le precedenti locuzioni "chi diffonde in qualsiasi modo idee" e "incita" rispettivamente con "chi propaganda idee" e "istiga".

La dottrina ha evidenziato che non è, però, chiaro in che termini le nuove locuzioni siano più determinate di quelle usate in precedenza, in quanto «incitamento e istigazione risultano essere equivalenti nel disegnare una condotta diretta a sollecitare il compimento di atti di discriminazione»[437]. Anche la Cassazione, ha ritenuto che la sostituzione del verbo "incitare" con quello "istigare" non ha comportato una modifica della portata incriminatrice della norma, essendo null'altro che una precisazione linguistica[438].

Appare, invece, più rilevante la sostituzione della condotta di "diffusione" con quella di "propaganda", dal momento che quest'ultima richiede un *quid pluris*: «diffondere equivale a divulgare e far conoscere; diversamente, la propaganda implica una azione idonea ad influire sulla psicologia e sul comportamento altrui»[439].

Tuttavia, l'utilizzo del verbo "propagandare" apparirebbe irragionevole e confermerebbe la contraddittorietà dell'intervento normativo, dal momento che la fattispecie di propaganda, di cui all'art. 272 c.p. è stata abrogata dalla medesima riforma[440].

---

[436] L'intervento riformatore ha abrogato l'art. 406 c.p.; ha previsto la sola pena pecuniaria per l'art. 403 c.p. (offesa ad una confessione religiosa mediante vilipendio di persone) e ha riformulato l'art. 404 c.p. (offesa ad una confessione religiosa mediante vilipendio di cose) in modo simmetrico rispetto al vilipendio alla bandiera: anche qui comprare il riferimento alle "espressioni ingiuriose" e al danneggiamento, punito con la reclusione solo se commesso intenzionalmente e pubblicamente. Per la giurisprudenza costituzionale in tema di vilipendio si vedano le seguenti sentenze: C. cost. n. 329/1997, in *Foro.It*., 1998, I, 26; n. 327/2002, in *id.,* 2002, I, 2941; n. 168/2005, in *id.,* 2005, I, 2288, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, rispettivamente gli artt. 404 co. 1, 405,403 c.p. nella parte in cui prevedevano sanzioni diverse a seconda della religione offesa; C. cost., n. 508/2000, in *Foro.it*, 2002, I, 985, con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del vilipendio diretto di cui all'art. 402 c.p.

[437] Per tale considerazione cfr. T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato*, cit., 28; C. VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli*, cit., 223; 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,* 158 e A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione,* cit., 732.

[438] Cass., Sez. III, n. 37581/2008.

[439] Cfr. 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, 170 ss. e C. VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli,* cit., 223. Contrario a tale ricostruzione, con argomenti che si riferiscono all'art. 3 della Convenzione internazionale di New York del 1996, è M. PELISSERO*, Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione*, cit., 1206.

[440] Lo osserva L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 120 ss.

L'intervento di portata più generale, tra quelli contenuti nella riforma, è comunque quello relativo alla comminatoria edittale delle pene, tanto che si è parlato di una sostanziale «bagatellizzazione dell'offesa» dei reati di opinione[441].

La novella, in questa direzione, opera un generalizzato, e spesso consistente, ritocco al ribasso delle sanzioni previste per quei reati d'opinione che le sono sopravvissuti. In alcuni casi, la pena è rimasta dello stesso tipo e specie, ma ne è stato ridotto il *quantum* edittale[442]. In quasi tutti gli altri casi, la modificazione della comminatoria edittale di pena ha comportato il passaggio a pene di specie diversa rispetto a quelle precedentemente previste, sostituendo alla minaccia della sola reclusione la minaccia della sola multa[443].

L'intervento legislativo sembra, infine, aver voluto affrontare anche alcuni dei problemi di offensività che attraversano la categoria. La misura più drastica da questo punto di vista è certamente consistita nell'abrogazione espressa di alcune disposizioni incriminatrici, con conseguente abolizione della relativa incriminazione.

L'opera di «smaltimento delle fattispecie»[444] ha coinvolto, in particolare, il delitto di propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale di cui all'art. 272 c.p., peraltro già segnato da una pronuncia della Corte costituzionale[445]. Parimenti, sono stati abrogati l'art. 269 c.p. (attività antinazionale del cittadino all'estero), l'art. 279 c.p. (lesa prerogativa della irresponsabilità del Presidente della Repubblica), e le circostanze aggravanti *ex* artt. 292 *bis* e 293 c.p.

La scelta abolizionista, come si è detto, costituisce una delle soluzioni prospettabili per riportare il sistema in linea con i principi costituzionali, con i quali la categoria in esame è insanabilmente in conflitto.

Il legislatore ha scelto una via diversa: mantenere, cioè, l'intero sistema dei reati di vilipendio, rispetto a cui è discusso l'«*an* stesso della tutela», e più in generale dei cosiddetti reati d'offesa, abrogando esclusivamente fattispecie incentrate su condotte, per così dire, meno direttamente irriguardose nei confronti di valori morali, spirituali, ideali, sovra-individuali[446].

La riforma ignora del tutto, invece, l'apologia di delitto e il delitto di propaganda di idee fondate sulla superiorità della razza o sull'odio razziale o etnico.

Molto di più avrebbe dunque potuto, e dovuto, fare la legge del 2006 in materia di reati di opinione e quel che ha fatto, avrebbe potuto farlo meglio, non essendo riuscita a mettersi alle spalle la repressione penale del dissenso politico, religioso, culturale e sociale.

---

[441] L'espressione è di M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione,* cit., 968.

[442] A. SPENA, *Libertà di espressione,* cit., 733, rileva che modifiche meramente quantitative della pena si sono avute per gli artt. 292 c.p. e 404 c.p. e per la propaganda razzista punita, unitamente all'istigazione al razzismo, all'art. 3, primo comma, della legge 654/75 (oggi art. 604 *bis* c.p.).

[443] Il riferimento è alle ipotesi di vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate (art. 290, co. 1 e 2 c.p.).

[444] L'espressione è di D. NOTARO, *Modiche al Codice penale in materia di reati di opinione*, cit., 409.

[445] Il riferimento è alla già menzionata C. cost. n. 87/1966.

[446] Così, 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*., 11, 2006, 3863 ss.,

Ecco spiegato perché la dottrina continui ad auspicare, *de iure condendo*, un ulteriore, e meglio ponderato, intervento riformatore che faccia giustizia dell'intera categoria dei reati di opinione447. L'idea alla base parte dalla necessità di assicurare che la perdurante presenza di queste fattispecie nel nostro sistema penale non pregiudichi in maniera insostenibile il diritto fondamentale alla libertà di espressione e la funzione critico-garantista del diritto penale come *Magna Charta libertatum del reo.*

5.3. La «fedeltà apparente» della giurisprudenza di legittimità (e di merito)

È evidente che le indicazioni interpretative suggerite dal giudice costituzionale e convenzionale e, in parte l'intervento del legislatore, siano stati dettati dall'esigenza di strutturare tipi criminosi costituzionalmente orientati, cercando di sottrarre alla repressione penale la normale dialettica, anche politica, coperta dalla garanzia della libertà di manifestazione del pensiero.

Tuttavia, la prospettata costruzione demanda la selezione delle condotte rilevanti all'interprete, impegnandolo in un'opera di accertamento del pericolo concreto implicito tutt'altro che agevole.

La problematicità di tale indagine era in parte già emersa nella giurisprudenza immediatamente successiva alle sentenze costituzionali. E tanto era bastato per far sorgere il sospetto che sul piano pratico e operativo ben poco fosse cambiato[448].

Interessa, ora, verificare in che modo di fronte alla recente esplosione delle inedite forme di pensiero non allineato, la giustizia penale abbia dato seguito agli insegnamenti della Consulta, come di recente integrati dalla prospettiva garantistica convenzionale[449].

Al riguardo, bisogna segnalare che mentre alcune fattispecie sono prive di riscontro nella prassi[450], per quelle che hanno un significato applicativo più considerevole l'atteggiamento della giurisprudenza non è uniforme.

In effetti, se è vero che le pronunce mostrano un generale ossequio al paradigma del pericolo concreto, la maggior parte non sembra coglierlo nella sua esatta dimensione, affievolendone i profili di offensività pur di far fronte alle diverse minacce che colpiscono la società.

Ne consegue che, ad oggi, il discorso relativo ai reati di opinione (istigazione, apologia e propaganda in particolare) è molto meno semplice e lineare di quanto potrebbe apparire da una prima superficiale analisi e merita, pertanto, alcuni approfondimenti.

---

[447] In questa direzione di muove la maggior parte degli Autori citati che si sono occupati della materia e che ritiene insoddisfacente la riforma del 2006.

[448] Sulla giurisprudenza immediatamente successiva alle sentenze costituzionali V. FAZIO - C. VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, in *Pol. dir.*, 1972, 533 ss. e C. TRUCCO, *Brevi note sui più recenti atteggiamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 735 ss.

[449] Per una recente analisi dei (dis)orientamenti giurisprudenziali recenti in tema di fattispecie d'opinione, con particolare riguardo all'istigazione e all'apologia, cfr. P. CIRILLO*, Istigazione e apologia nei recenti (dis)orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9, 1295 ss.

[450] È il caso dell'istigazione all'odio fra le classi sociali (art. 415 c.p.).

Innanzitutto, va segnalato un indirizzo che, tramite un'interpretazione formalistica del dato letterale, segna un ritorno alla concezione autoritaria - addirittura - precedente alla svolta costituzionale[451].

Specialmente nel periodo immediatamente successivo all'intervento del giudice delle leggi, in alcune pronunce si continuava a leggere che, ai fini della punibilità, bastasse «la formulazione di un giudizio favorevole sul fatto delittuoso» ovvero «l'eccitamento dell'altrui psiche a prescindere dalle conseguenze»[452].

In altri termini, qualificando l'apologia e l'istigazione come illeciti formali o di mera condotta non si richiedeva l'accertamento della lesione potenziale dell'ordine pubblico, già contenuta nel fatto tipico.

In altri casi, emersi in particolare nella giurisprudenza di merito, la concreta idoneità era assorbita nel fatto in sé del messaggio, senza che se ne indagasse il tono - magari, paradossale o ironico - né l'impatto sui destinatari[453].

Per la verità, quello del pericolo presunto è un orientamento che, ad oggi, trova riscontri isolati e, per di più, risalenti.

Probabilmente, la più recente presa di posizione in questa direzione fa capo ad una pronuncia del 2008 nella quale la Corte di Cassazione, non limitandosi a ricorrere alla logica presuntiva sul profilo oggettivo, arriva a svuotare sensibilmente anche il concetto di dolo istigatorio[454].

Oltre queste ipotesi, l'orientamento in esame trova spazio eccezionalmente e con riferimento a fattispecie peculiari. È esemplificativa la (rara) applicazione dell'apologia di genocidio. Secondo una parte della giurisprudenza, la «intollerabile disumanità» che caratterizza tale crimine consentirebbe di rinunciare all'accertamento del pericolo concreto di «ingenerare un improbabile contagio di propositi genocidiari»[455].

Tralasciando le soluzioni dei singoli casi, la persistenza di capi di imputazione così formulati è comunque sufficiente per recuperare un'idea arcaica – e preoccupante - di reato: non più lesione di un bene giuridico costituzionalmente rilevante, bensì disobbedienza all'autorità dello Stato e dunque mera volontà ribelle[456].

---

[451] Per una ricostruzione degli orientamenti illiberali precedenti alle sentenze costituzionali, C. FIORE, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Pol. dir.*, 1970, 491 ss. Nella giurisprudenza del primo periodo repubblicano, per tutte, v. Cass., Sez. un., 18 novembre 1958, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1960, 183 con nota di G. BOGNETTI.

[452] Rispettivamente, sull'apologia Cass., 20 giugno 1994, Monopoli, in *Cass. pen.*, 1996, 3321 e sull'istigazione Cass., 13 giugno 1984, Di Maio, in *Riv. pen.*, 1985, 111.

[453] Cfr. Trib. Venezia 24 ottobre 1996, in *Foro.it.*, 1997, II, 275 ss.

[454] Cass., Sez. I, 16 ottobre 2008, n. 40684, in *Cass. pen.*, 2009, 9, 3460 ss. (annullata con rinvio la sentenza di non luogo a procedere emessa nei confronti di un consigliere comunale che, mosso da motivazioni politiche, aveva invitato i manifestanti a spostare la protesta in un campo nomadi). Nel caso di specie, la Corte, da un lato sottrae dal fuoco del dolo istigatorio il pericolo concreto, dall'altro manca di vagliare, sulla base dei canoni elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, il contenuto in sé, le modalità della condotta (vi era stato un tentativo di calmare gli animi), il contesto di riferimento e l'impatto sui destinatari (bambini e anziani) del messaggio.

[455] In senso critico, con riferimento all'apologia di genocidio, E. FRONZA, *Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" in tema di apologia*, in *Cass. pen.*, 2003, 3, 1006 ss.

[456] Per una più ampia riflessione sulla "ideologia dell'obbedienza" di cui sono espressione i reati di opinione cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 69 ss.

Fatta eccezione per tali isolate prese di posizione, la giurisprudenza prevalente aderisce alle scelte interpretative suggerite dalla Consulta e dalla Corte Edu.

È frequente imbattersi in sentenze in cui per la punibilità a titolo di apologia si pretende «il rischio, non teorico ma effettivo, della consumazione di illeciti omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato».

Allo stesso modo, perché sia integrata l'istigazione è normalmente richiesta «l'idoneità della condotta, per il suo contenuto intrinseco e per le circostanze di fatto in cui si esplica, a provocare la commissione di reati».

Lo stesso discorso vale anche per la fattispecie di propaganda contemplata dall'art. 604 *bis* c.p., sulla quale – come si vedrà – pur non registrandosi specifiche pronunce della Corte costituzionale in tal senso, la giurisprudenza di legittimità segue i medesimi orientamenti in tema di pericolo concreto (c.d. implicito).

A ben vedere, tuttavia, questa dichiarata fedeltà ai dettami costituzionali e convenzionali rimane tale soltanto nelle intenzioni, mentre risulta contraddetta nella sostanza argomentativa. Di fatto, approfondendo gli *iter* motivazionali delle diverse pronunce, quello che formalmente è definito pericolo concreto non è molto distante dal pericolo presunto[457].

Il depotenziamento del contenuto offensivo dei fatti istigatori, apologetici e propagandistici emerge quando per l'accertamento dell'idoneità si adottano criteri basati sulla semplice e astratta possibilità, anziché sulla probabilità; e tale possibilità spesso è riconosciuta nelle frasi in sé, a prescindere dal modo in cui le stesse sono pronunciate[458].

In altre occasioni, la Corte, chiara nelle dichiarazioni di principio, sembra poi affievolire l'effettiva verifica del pericolo, ricorrendo all'«alibi» della incensurabilità in sede di legittimità di una sentenza di merito correttamente motivata[459].

Di questo indirizzo si ha, poi, un'ulteriore riprova considerando il tipo di approccio della prassi applicativa a proposito della pubblicità. Essa viene ravvisata non tanto quando la condotta è tenuta con le modalità indicate dall'art. 266, comma 4, c.p., tra le quali si ricomprendono anche i nuovi mezzi di comunicazione di massa; piuttosto, quando il messaggio è percepito da una o più persone, senza che si dia rilevanza all'indeterminatezza dei destinatari, che solo renderebbe reale il pericolo della commissione del reato[460].

La tendenza giudiziale in esame è comune a tutte le ipotesi di istigazione del nostro sistema. Ad esempio, nelle rarissime applicazioni della disposizione di cui all'art. 415, I parte, c.p. i giudici, più che di valutare l'idoneità della condotta a cagionare la disobbedienza, si sforzano di restringere la nozione di "leggi

---

[457] Parla di «resistenza» dei giudici ordinari alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 20.

[458] Cfr. Cass., Sez. I, 23 aprile 2012, n. 25833, Testi, in *Riv. pen.*, 2012, 10, 964. Nella specie il reato, pur qualificato di pericolo concreto, è stato ravvisato nell'esposizione, in occasione di un incontro di calcio, di uno striscione con in calce la scritta "Bisl" (basta infami solo lame) alla luce della "intrinseca capacità di istigazione" della sigla medesima.

[459] Cfr. Cass., Sez. I, 5 giugno 2001, n. 26907, Vencato, in *Riv. pen.*, 2001, 820. La Corte, limitandosi a osservare che l'analisi del pericolo concreto è sottratta al giudizio di legittimità, conferma la condanna di un sindaco che, in relazione a un omicidio commesso in danno di un tunisino, aveva dichiarato che si sarebbe comportato nello stesso modo.

[460] Sulla necessità di accertamento della «pericolosità diffusa» G. DE VERO, voce *Istigazione*, cit., 295. In generale, sul concetto di pubblica istigazione e apologia cfr. G. FORNASARI - S. RIONDATO, *Reati contro l'ordine pubblico*, cit., 4 ss.

di ordine pubblico": prestando così il fianco a strumentalizzazioni politiche della fattispecie461.

Ancora, l'anticipazione dell'intervento penale si registra anche rispetto alle ipotesi istigatorie poste a tutela, non tanto dell'ordine pubblico, quanto della dignità umana. In questi casi, il ridimensionamento dell'esigenza di concretezza del pericolo si spiega in virtù della particolare rilevanza del bene protetto a fronte di condotte che, ancorché manifestazioni di pensiero, sono riprovevole espressione di discriminazione, intolleranza e odio razziale[462].

L'indirizzo in parola trova il suo terreno d'elezione nel settore dell'antiterrorismo, dove il massiccio incremento dell'uso di fattispecie d'opinione fa registrare una discrasia tra le premesse costituzionalmente orientate delle diverse pronunce e la sostanza delle decisioni, che arrestano i reati di istigazione e apologia su giudizi meramente presuntivi[463].

V'è da dire, comunque, che nella casistica giurisprudenziale degli ultimi anni non mancano pronunce che collegano la punibilità esclusivamente ai casi in cui il messaggio crea un pericolo effettivo e diffuso di adesione. Ritenendo penalmente rilevanti le sole condotte che presentano una «forza di suggestione e persuasione delle altrui volontà» e insistendo nella prova di una siffatta influenza si dimostra una fedeltà sostanziale agli assunti costituzionali e convenzionali[464].

Recentemente, l'approccio garantista si ravvisa sia in sentenze di condanna, sia in quelle che escludono la sussistenza dei reati d'opinione, censurando le logiche di tipo presuntivo.

Alla prima categoria appartengono le decisioni che arrivano ad affermare la responsabilità penale ricostruendo il disvalore dei fatti non sul mero contenuto del messaggio, bensì alla luce del contesto di riferimento e soprattutto dell'impatto della comunicazione sui destinatari; nel senso che questi ultimi, per le loro "qualità", devono risultare "sensibili" ad accogliere il programma criminoso[465].

Tra le pronunce assolutorie che seguono la medesima logica si segnalano quelle in cui, con atteggiamento rigoroso, si richiede la coincidenza tra idoneità e probabilità della commissione del reato, enfatizzando il dato temporale dell'imminenza del rischio[466].

Nella stessa direzione, in linea con il principio di offensività, si pongono anche i recenti - numerosi - arresti in tema di offerta in vendita, a mezzo *internet*, di semi di piante dalle quali è ricavabile sostanza

---

[461] Da ultimo, Cass. 10 giugno 2010, Mammato, CED, 247713 (diffusione mediante emittenti radiofoniche di messaggi volti a indurre a tenere condotte contrarie a norme del Codice della strada). A favore della soppressione dell'art. 415 c.p., tra gli altri, F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., 219 ss.

[462] Il riferimento è all'istigazione commessa per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi delineata dagli artt. 604 *bis* e *ter* c.p. (in precedenza art. 3, L. 654 del 1975), su cui *infra* cap. 3 par. 5.

[463] Sul tema delle fattispecie d'opinione nel contrasto al terrorismo specie di matrice internazionale *infra*, cap. 3, par. 3.

[464] In dottrina, per questa tesi già G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., 295 ss.

[465] È il caso di Cass., Sez. I, 20 gennaio 2015, n. 7842 che conferma la condanna di un imputato che, in occasione di una partita di calcio, aveva accumulato pietre ed altri oggetti idonei al lancio incitando i numerosi giovani presenti a scagliarli contro le forze di polizia in loco, suscitando un effetto suggestivo.

[466] Sull'apologia cfr. Cass., 7 luglio 2009, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1577. La Corte esclude la «concreta capacità di provocare l'immediata esecuzione di delitti» in un caso in cui gli imputati avevano distribuito, in occasione di una manifestazione pubblica, volantini di solidarietà per soggetti arrestati perché indiziati di partecipare ad un'organizzazione eversiva.

stupefacente. Perché sia integrato il reato d'istigazione alla coltivazione *ex* art. 414 c.p., occorre una «ponderazione da effettuarsi *ex ante* circa la reale efficienza della condotta a spronare le persone con modalità tali da porsi come antecedente adeguato a indurle a commettere l'illecito»467.

Analoga *ratio* si ravvisa anche nelle decisioni in materia di apologia e manifestazione fasciste, ultimamente tornate in auge nella prassi applicativa con riferimento agli episodi di c.d. "saluto romano" e "chiamata al presente". La giurisprudenza, infatti, sta recuperando la carica offensiva di tali fattispecie, ancorata dal giudice delle leggi al pericolo – difficilmente prospettabile nel moderno assetto civile – di ricostituzione del partito fascista[468].

Siffatta costruzione in termini d'idoneità concreta e immediata si riflette, poi, nel discorso sul tentativo che la Suprema Corte non ritiene configurabile rispetto ai reati *lato sensu* istigatori, scongiurando, benché con motivazioni apodittiche, un'eccessiva dilatazione dell'intervento penale[469].

Spunti significativi nella prospettiva costituzionalmente orientata si riscontrano anche nella giurisprudenza di merito.

In questo senso, è interessante la pronuncia del Giudice monocratico di Torino, chiamato a stabilire se alcune interviste dello scrittore Erri De Luca fossero espressione della libertà di manifestazione del pensiero o avessero il significato, oggettivo e soggettivo, di un'istigazione alla commissione di reati ai danni della costruzione della TAV in Val di Susa[470]. Il Tribunale ha individuato il *discrimen* nell' «idoneità concreta e immediata delle parole a suscitare adesioni», assolvendo l'imputato «perché il fatto non sussiste».

Decisiva la valorizzazione, in linea con gli assunti costituzionali, di diversi elementi: la qualità dei destinatari specifici del messaggio, pubblico nazionale del tutto variegato; il contesto spazio-temporale ed economico-sociale, non più «caldo»; il ruolo del dichiarante, intellettuale di fama; nonché la lettura, non univoca, delle frasi utilizzate.

---

467 La soluzione è oggi pacifica dopo Cass., SS.UU., 18 ottobre 2012, n. 47604, in *Cass. pen.*, 2013, 9, 3213 con nota di C. RENOLDI. La pronuncia, nel tracciare la differenza tra istigazione (art. 414 c.p.), induzione (art. 82, d.P.R. n. 309/1990) e propaganda (art. 84, d.P.R. n. 309/1990) osserva come il legislatore sanzioni, nell'ottica della tutela avanzata della salute pubblica, ogni forma di stimolo alla creazione, diffusione o consumo degli stupefacenti. Il principio di diritto è ripreso nelle più recenti: Cass., Sez. I, 10 febbraio 2016, n. 21186; Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2017, n. 8949; Cass., 5 dicembre 2017, n. 196.

468 Si vedano Cass., Sez. I, 14 dicembre 2017, n. 8108, Clemente; Cass., Sez. I, 20 luglio 2016, n. 28298; Cass., Sez. I, 2 marzo 2016, n. 11038, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1585, con nota di P. CAROLI. Va, tuttavia, rilevato che non si tratta di orientamento univoco e definito, come è dimostrato dalle conclusioni di Cass., Sez. I, 24 marzo 2014, n. 37577, Bonazza, in *Cass. pen*., 2014, 4107 con nota di D. PADRONE, nonché più di recente da Cass., Sez. I, 27 marzo 2019, n. 21409 che ha ritenuto che il "saluto romano" integri il reato previsto dalla legge Mancino perché diretto a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale. Sul tema *infra*, cap. 3, par. 2 e cap. 4, par. 4.2.

469 Da ultimo, Cass., Sez. I, 29 maggio 2012 n. 24050, Diliberto. Spazi per la configurabilità del tentativo nei reati istigatori, in quanto a pericolo concreto, in C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 1048. *Contra*, in generale, C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, IV, 536.

470 Trib. Torino, 18 gennaio 2016, n. 4537, con nota di A. SPENA, *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 845. L'autore, pur condividendo le conclusioni, manifesta alcuni dubbi sul tipo di ragionamento seguito dalla Corte. Cfr. anche S. ZIRULIA*, "La Tav va sabotata": Erri De Luca assolto dall'accusa di istigazione a delinquere*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, febbraio 2016.

L'esame dello stato della prassi consente di prendere atto dei limiti della soluzione ermeneutica offerta, a suo tempo, dalla Corte costituzionale e, più di recente, dalla Corte di Strasburgo.
Appare evidente che le sentenze costituzionali e convenzionali non riescano ad orientare fino in fondo la giustizia ordinaria in vista di una più garantistica definizione delle condotte punibili.
La trasformazione per via interpretativa di reati originariamente costruiti sul pericolo presunto si scontra, nella casistica giurisprudenziale, oltre che con la processualizzazione delle categorie di diritto penale sostanziale[471], con la scarsa capacità selettiva del pericolo concreto[472].
L'accertamento di tale elemento, principale baluardo a tutela della libertà di espressione, è rimesso alla discrezionalità dei giudici, privi di criteri attendibili di verificabilità.
La prova del passaggio dalle parole al pericolo dei fatti è, invero, di complessa individuazione. Le difficoltà sono molteplici: dalle incertezze sul significato dell'idoneità; alle problematicità ricostruttive di una causalità psichica che ha come referente l'intera realtà sociopolitica; fino alla sproporzione esistente tra la micro-condotta con cui si esprime il pensiero e il macro-evento di esercizio della violenza che si dovrebbe cagionare. D'altro lato, un rigoroso accertamento del pericolo concreto condannerebbe queste figure ad una totale inutilità; è, infatti, estremamente inverosimile che un'isolata condotta di apologia, istigazione o propaganda in condizioni di normalità della vita civile dello Stato, possa mettere a repentaglio la sicurezza collettiva[473].
Il sistema, così delineato, si presta ad esegesi incerte e fortemente eterogenee, condizionabili dai tipi di situazione portati a giudizio e dal contesto politico-ideologico di contorno[474]. È verosimile supporre che siano soprattutto le caratteristiche delle fattispecie concrete, e non già la previa adesione a un modello definitorio prescelto in astratto, a influenzare la definizione giudiziale dei singoli casi[475].
Di fronte alle forme di espressione di pensiero non allineato dell'era moderna, le dinamiche della prassi dimostrano, dunque, che i reati d'opinione sono ben lontani dall'aderire fedelmente ai dettami costituzionali e convenzionali.

6. La tutela multilivello della libertà di espressione: la prospettiva internazionale (cenni)

[471] Su tale fenomeno *infra* cap. 3, par. 3 (rispetto ai reati di opinione antiterrorismo).
[472] Riflettono in termini critici sulla selettività del pericolo concreto (implicito) nei reati di opinione M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, cit., 39 e 42; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 115 ss. Sui problemi di accertamento del pericolo concreto in generale, G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 3, 441 ss.; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994.
[473] Su tali profili – complessi e problematici – ci si soffermerà, più dettagliatamente, nel cap. 4 par. 4.2.
[474] Paradossalmente, le differenti valutazioni giudiziali sul pericolo concreto, filtrate dalle diverse sensibilità politico-ideologiche, possono condurre ad esiti opposti anche rispetto ad una medesima condotta storicamente accertata. Da ultimo, cfr. Trib. Milano n. 13843 del 2018 e n. 2488 del 2019 su cui *infra* cap. 4 par. 4.2.
[475] Così, D. PULITANÒ, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 250 ss.

Il diritto alla libertà di espressione, da tempo riconosciuto come diritto fondamentale all'interno degli ordinamenti degli Stati membri con norme di rango costituzionale o comunque primario, trova una tutela multilivello[476].

Si ritiene opportuno, ai fini del presente lavoro, dar conto, sia pure in termini sintetici, di tale ampie declinazioni. Queste, infatti, inevitabilmente, finiscono per arricchire e completare la portata garantistica riconosciuta alla libertà di manifestazione del pensiero anche nel nostro sistema, e permettono di valutare, con ampiezza di vedute e maggior dettaglio, la legittimità delle norme limitative della libertà[477]. In tal senso, può essere richiamato quel principio della «massima espansione delle garanzie», enunciato dalla Corte costituzionale nel 2009 – per la verità con riguardo all'ordinamento convenzionale – secondo il quale, allorché una situazione giuridica soggettiva sia tutelata sia da norme interne che da fonti internazionali, debbano trovare concrete applicazioni quelle idonee ad assicurare ad essa lo *standard* di tutela più elevato[478].

Sul tema, giova precisare che a partire dalla metà del ventesimo secolo, il diritto in esame si è affermato a livello internazionale, sia in ambito universale che regionale[479], attraverso la sua esplicita previsione negli strumenti convenzionali di tutela dei diritti fondamentali adottati dalle maggiori organizzazioni internazionali.

Limitando l'analisi agli strumenti rilevanti per il sistema italiano[480] va, anzitutto, fatto riferimento alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la quale proclamata dall'Assemblea Generale dell'Onu a Parigi nel 1948 ha valore ai sensi dell'art. 10 Cost. anche per l'Italia, sebbene la stessa vi abbia aderito successivamente.

L'art. 19 della stessa, nello specifico, garantisce ad ognuno il diritto a «non essere molestato» a causa delle proprie opinioni e quello a «cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo».

---

[476] Sulla rilevanza multilivello della protezione della libertà di espressione v. A. KOLTAY, *Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression*, Budapest, 2017.

[477] Sulla logica di circolazione dei modelli giuridici, anche e soprattutto con riguardo ai diritti fondamentali, cfr., tra gli altri, E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000. Analoghe riflessioni si rinvengono anche in F. VIOLA, *L'universalità dei diritti umani: un'analisi concettuale*, in F. BOTTURI-F. TOTARO (a cura di), *Universalismo ed etica pubblica*, *Vita e Pensiero*, Milano, 2006, 155 ss.

[478] Il riferimento è a C. cost., 30 novembre 2009, n. 317: non si può ammettere che «una tutela superiore, che sia possibile introdurre» per il tramite dell'art. 117, primo co. Cost. «rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale». Sul tema, P. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Coste costituzionale italiana funzionalizza il "margine di apprezzamento" statale, di cui alla giurisprudenza Cedu, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 6, 2009, 4772 ss.; R.G. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 92 ss.; A. RUGGIERI, *Rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e controlimiti mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Riv. AIC*, 1, 2011, 6 ss.

[479] In ambiti regionali non europei, vale ricordare: l'art. 9 della Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli; l'art. 13 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo; l'art. 23 della Dichiarazione in materia di diritti umani adottata dall'ASEAN.

[480] Per una elencazione dei numerosi strumenti di *soft law* che, accompagnandosi alle disposizioni richiamate nel presente paragrafo, veicolano spesso indicazione sull'esatta portata degli obblighi pattizi cfr. I. SPADARO, *op. cit*., 187 ss.

Tali previsioni, seppure non giuridicamente vincolanti, sono state assunte a modello anche dell'art. 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che specifica ulteriormente che il diritto «comprende la libertà di creare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa» e ne esplicita l'applicabilità alle manifestazioni artistiche e a «qualsiasi altro mezzo di scelta» dell'individuo[481].

Un ulteriore elemento caratterizzante la disposizione contenuta nel Patto è rappresentato dalla possibilità di sottoporre a restrizioni l'esercizio di tali libertà purché le relative limitazioni siano espressamente previste dalla legge e siano necessarie «al rispetto dei diritti o della reputazione altrui o alla salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche».

Per contro, con disposizione destinata ulteriormente ad incidere sull'esercizio del diritto alla libertà di espressione, l'articolo 20, paragrafo 2, del Patto pone a carico degli Stati l'obbligo di proibire per legge «qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisce incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza».

Quest'ultima norma riecheggia il testo dell'articolo 4 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, nella parte in cui impegna gli Stati contraenti «a dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni altro atto di violenza, o incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica (…)».

Ulteriori disposizioni di matrice internazionale a tutela della libertà di espressione si riferiscono, talora anche sottoforma di garanzia della libertà di informazione a specifiche categorie di soggetti, quali i minori, i membri di minoranze nazionali, i disabili e le donne[482]. È emblematico, in particolare, l'art. 13 della Convenzione sui diritti del fanciullo dove si afferma, a chiare lettere, che «il fanciullo ha il diritto alla libertà di espressione», considerato nel suo afflato estensivo.

6.1. La prospettiva convenzionale. La verifica della necessità in una società democratica delle limitazioni dell'art. 10 Cedu e la clausola dell'abuso del diritto

[481] La disposizione del Patto è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966 ed è entrato in vigore a livello internazionale il 23 marzo 1976. La traduzione in lingua italiana può essere consultata in Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica Italiana, *Manuale dei diritti umani,* febbraio 2006, vol. I, 128 ss.

[482] Il riferimento è agli artt. 6, 7, 9 e 10 della Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali; all'art. 21 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità; all'art. 17 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.

Concentrando l'attenzione sul contesto europeo, il diritto alla libertà di espressione trova un primo solenne riconoscimento nell'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), adottata nel 1950 sotto l'egida del Consiglio d'Europa[483].

La disposizione riprende il modello di tutela rappresentato dal succitato art. 19 Pidcp anche se, sul piano testuale, se ne discosta laddove esclude espressamente «ogni ingerenza da parte delle autorità pubbliche», oltre ad omettere qualsiasi riferimento ai profili strumentali e di ricerca attiva delle informazioni.

Gli interpreti si sono interrogati sull'esatto contenuto della libertà di opinione garantita dall'art. 10 Cedu, come *species* della più generale libertà di espressione a cui è fatto cenno nel titolo della norma. Considerando che l'attività psichica è sempre incoercibile e non necessita di essere protetta, si è ritenuto che il riferimento sarebbe alla libertà di mutare autonomamente le proprie opinioni, quale precondizione della libertà di espressione in senso stretto che, non a caso, nel testo pattizio è accostata a quella di informazione. Ciò è denso di conseguenze ai fini della presente indagine, perché tende ad escludere che lo Stato possa legittimamente ostacolare la diffusione di determinate notizie in ragione della loro pretesa attitudine a suscitare reazioni odiose da parte di un gruppo, più o meno cospicuo, di consociati[484].

L'analisi dei due commi di cui si compone la disposizione convenzionale non può essere avulsa dall'interpretazione che su essi è stata sviluppata dalla Corte Edu, specie se si considera che nel sistema in questione il ruolo della giurisprudenza di Strasburgo è decisivo perché contiene strutture argomentative e schemi di bilanciamento che assumono significato anche per la risoluzione di altri casi concreti[485].

Il primo paragrafo dell'art. 10 Cedu riconosce, come si è detto, la libertà di espressione, inclusiva della libertà di opinione e di inviare e ricevere informazioni e comunicazioni senza ingerenze da parte delle pubbliche autorità.

La più incisiva statuizione di principio circa l'estensione di tale diritto, consacrato nel primo comma, è contenuta nella celebre sentenza *Handyside*, in cui è stato rimarcato che l'ambito di applicazione di questa essenziale prerogativa non è limitato alle sole «informazioni o idee accolte con favore o considerate inoffensive o indifferenti, ma abbraccia anche quelle che urtano, scioccano o inquietano»[486].

---

[483] Sulla libertà di espressione e informazione nel sistema Cedu cfr., *ex multis*: M. OETHEIMER, *Art. 10 - Libertà di espressione*, IN S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 397 ss. Sui rapporti tra sistema convenzionale e diritto penale, anche con riguardo alle limitazioni penalistiche della libera espressione, cfr.: E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 243 ss. e A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile*, Torino, 2008, 458 ss. Sul tema dei discorsi d'odio a livello convenzionale cfr. C. CARUSO, *L'*hate speech *a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quad. cost*., 2017, 4, 963 ss.

[484] Così, I. SPADARO*, op. cit.*, 185.

[485] Tale riflessione è operata, con riguardo al negazionismo, da E. FRONZA, *Il negazionismo*, in *Enc. dir. Estratto*, VIII, Milano, 641. In generale sulla giurisprudenza convenzionale in tema di libera espressione cfr. C. MELZI D'ERIL – G.E.VIGEVANI, *La Corte Europea dei Diritti e la libertà d'espressione*, in *Quad. cost.*, 2009, 4.

[486] C. Edu, *Handyside v. United Kingdom,* 7 dicembre 1976, 5493/72, par. 49, testo in italiano in M. DE SALVIA-V. ZAGREBELSKY *(a cura di), Diritti dell'uomo e libertà fondamentali: la giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. I, Milano, 2006, 228 ss.

Il secondo paragrafo, poi, elenca, in modo abbastanza generico, i limiti alla libertà di espressione, che ne confermano la natura di diritto non assoluto[487].

Un'eventuale interferenza a tale libertà è ammessa a condizione che: a) sia prevista dalla legge (*lawfulness of interference*); b) miri a realizzare uno scopo legittimo (*legitimate aim*)[488]; c) sia necessaria in una società democratica e risulti proporzionata rispetto allo scopo perseguito (*necessary in a democratic society*).

Senza dubbio, il punto in cui più penetrante si fa il sindacato europeo sulle scelte nazionali è rappresentato dall'ultimo anello della catena logica appena delineata, vale a dire il *test* di necessità, che si concretizza nell'accertamento della sussistenza di un bisogno sociale preminente.

In ogni caso, nella valutazione dei requisiti anzidetti, la Corte concede agli Stati un certo margine di apprezzamento, in ragione della loro vicinanza fisica e culturale al luogo del fatto, che dovrebbe assicurare una stima più affidabile dei bisogni della comunità. A questa discrezionalità si accompagna, comunque, una supervisione europea delle scelte compiute dai governi, dato che alla Corte spetta sempre l'ultima parola sulla loro compatibilità con la Convenzione.

Sennonché, la peculiarità della giurisprudenza convenzionale, quando si confronta con le limitazioni penalistiche alla libera espressione, sta nel fatto che non si ferma ad applicare il solo disposto dell'art. 10 Cedu ma, spesso, nel ragionamento dei giudici, fa ingresso anche l'abuso del diritto di cui all'art. 17 Cedu[489].

In particolare, si ritiene che, oltre alle restrizioni previste dall'art. 10, co. 2 Cedu, la libertà di espressione trovi anche un limite esterno di natura eccezionale proprio nella clausola abusiva. Così, la libertà di espressione, ai sensi dell'art. 17 Cedu, non può estendersi sino ai casi in cui sia utilizzata per fini diversi dal testo e dallo spirito convenzionale, altrimenti portando alla distruzione e all'eliminazione dei diritti e delle libertà in essa garantiti.

Tale figura, nel sistema di Strasburgo, è stata concepita come arma supplementare di difesa della democrazia dalle correnti totalitarie, essendo volta ad impedire che i loro esponenti potessero sfruttare i principi sanciti dalla Convenzione per limitarne o inibirne l'esercizio.

L'abuso del diritto rappresenta, in quest'ottica, il perno del compromesso tra la salvaguardia degli interessi generali della comunità ed il rispetto dei diritti individuali, suggellato nella formula tedesca della democrazia protetta[490].

---

[487] In questo senso, con specifico riguardo al negazionismo, cfr. C. LEOTTA, *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte Edu sul genocidio armeno (2015),* Padova, 2016, 30 ss.

[488] Tale requisito significa che la limitazione deve essere finalizzata a perseguire uno dei seguenti scopi: sicurezza nazionale, difesa dell'ordine e prevenzione dei delitti, protezione della salute o della morale, protezione della reputazione o dei diritti altrui, impedimento della diffusione di informazioni riservate, garanzia dell'autorità ed imparzialità del potere giudiziario.

[489] Per una ricostruzione storica e comparata dell'abuso del diritto a livello sovranazionale v., F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011.

[490] Sulla differenza tra modelli aperti o protetti di democrazia *infra* par. 2.1.

Ebbene, una lucida cartina di tornasole per comprendere l'intreccio, nella giurisprudenza Cedu, tra libertà di espressione e abuso di diritto è rappresentata dal tema della rilevanza penale del negazionismo, sulla cui compatibilità convenzionale i giudici di Strasburgo sono stati più volte chiamati a pronunciarsi.

La linea evolutiva in materia si è snodata lungo tre stadi principali, caratterizzati dal diverso modo di atteggiarsi delle norme rispettivamente contenute nell'art. 10 e 17 della Convenzione[491].

Mentre le decisioni ascrivibili alla prima fase si limitano all'applicazione dell'ordinario *test* di cui all'art. 10 Cedu492, l'elemento caratterizzante quella mediana è rappresentato dall'utilizzo dell'art. 17 Cedu – in una versione definita «dolce»[493] - nella veste di fattore rilevante all'interno del giudizio di bilanciamento svolto seguendo i consueti parametri interni alla libertà di espressione. In questo modo, per buona parte degli anni '90, l'abuso del diritto funge da strumento di misura della necessità della restrizione statale alla libertà di espressione[494].

L'innesto dell'abuso del diritto nei ragionamenti dei giudici costituisce l'antecedente per l'emersione della terza fase di evoluzione della giurisprudenza convenzionale. L'invocazione dell'art. 17 Cedu diventa un mezzo per rimuovere radicalmente certi tipi di opinioni dall'ambito di protezione convenzionale, senza bisogno di affrontare l'esame delle circostanze del caso concreto previsto dall'art. 10 Cedu[495].

La dottrina ha duramente criticato tale esito, mettendo in luce le conseguenze derivanti dal c.d. effetto ghigliottina sottoforma di dichiarazione di inammissibilità del ricorso, che sminuisce sensibilmente quella valutazione casistica che rappresenta il punto di forza del bilanciamento di cui all'art. 10 Cedu[496].

L'assunto, anche se più volte richiamato nella giurisprudenza convenzionale recente[497], non è però del tutto pacifico, come dimostra un'ultima presa di posizione della Corte che, con riguardo al genocidio armeno, pare segnare un'inversione di tendenza498. Anziché ricorrere allo statuto derogatorio basato

---

[491] Sulla individuazione di tre fasi nella giurisprudenza della Corte Edu in materia di negazionismo cfr. P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione*, cit., 1815 ss.

[492] Una pronuncia inquadrabile in questa prima fase dell'evoluzione giurisprudenziale è C. Edu, *T. v. Belgium*, (dec.), 14 luglio 1983, 9777/82. I casi sottoposti al vaglio della Corte in questo momento si riferiscono ancora a norme che non incriminano esplicitamente condotte negazioniste; spesso addirittura i procedimenti imputati a questo filone non sono nemmeno necessariamente di tipo penale, ma conducono comunque ad un restringimento della libertà di opinione, per via civile o amministrativa. Cfr. sul punto C. Edu, *X. v. Federal Republic of Germany* (dec.), 16 luglio 1982, 9235/81 (qui il caso trae origine da un'ingiunzione ottenuta in sede civile che faceva divieto al ricorrente di continuare ad affiggere volantini a sfondo negazionista).

[493] Così, P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione*, cit., 1831.

[494] Nella maggior parte dei casi, stavolta, le istituzioni di Strasburgo si sono trovate a vagliare la compatibilità con la Cedu di precetti penali specificamente diretti a proibire la negazione o la giustificazione della Shoah, considerati limitazioni della libertà di espressione conformi alla Convenzione richiamando i legittimi scopi che perseguono. Cfr. C. Edu, *Remer v. Germany*, (dec.), 6 settembre 1995, 24096/94.

[495] Cfr. C. Edu, *Lehideux and Isorni v. France*, GC, 23 settembre 1998, 24662/94. Si tratta però di un caso che, nonostante influenzerà notevolmente la successiva giurisprudenza in materia, non ha ad oggetto condotte tipicamente negazioniste.

[496] Per tale riflessione critica P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione*, cit., 1826 ss.

[497] I principi del caso *Lehideux* sono stati portati a compimento da C. Edu, *Garaudy c. France* (dec.), 24 giugno 2003, 65831/01. Il ricorrente denuncia la violazione dell'art. 10 che sarebbe stata causata da una serie di condanne inflittegli dai tribunali interni per alcuni passaggi del suo libro "I miti fondatori della politica israeliana", giudicati negazionisti ed antisemiti. La Corte Edu dichiara irricevibile il ricorso presentato da Garaudy.

[498] C. Edu, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, 27510/08, 15 ottobre 2015. Sulla pronuncia P. LOBBA, *Un arresto della tendenza repressiva europea sul negazionismo. Punire la contestazione del "genocidio armeno" viola l'art. 10 Cedu*, in *Dir. pen. contemp.* (ed. web), 15 gennaio 2014. Si badi, in ogni caso, che a meno di un mese dalla pronuncia

sull'abuso del diritto, si è fatto affidamento, infatti, sullo *ius commune* sviluppato a partire dall'art. 10 Cedu, che impone di valutare la vicenda alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, prestando attenzione ai requisiti fissati dal secondo paragrafo della disposizione, con particolare riguardo alla necessità della misura limitativa in una società democratica.

6.2. La prospettiva euro-unitaria

Non deve sorprendere che la tutela del diritto alla libertà di espressione trovi positivo riconoscimento nel sistema delle fonti di diritto dell'Unione europea solo in epoca recente[499]. Il trattato di Roma del 1957 non conteneva alcuna disposizione volta a tutelare tale libertà, essendo finalizzato ad istituire una Comunità a matrice esclusivamente economica piuttosto che ispirata da diritti fondamentali.

Storicamente, il primo riconoscimento della libertà di espressione in ambito euro-unitario è avvenuto solo indirettamente, mediante rinvio alle «tradizioni costituzionali comuni» che l'art. F del Trattato sull'Unione Europea del 1992 (oggi art. 6, par. 3 T.U.E) elevava a «principi generali» del diritto U.E.[500]

Come è noto, ad un catalogo di diritti fondamentali, si perverrà solo dopo molti anni, con la proclamazione della Carta europea dei diritti fondamentali firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, e successivamente riproclamata e adattata con atto congiunto del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione il 12 dicembre 2007, in vista della firma del Trattato di Lisbona[501].

Il diritto alla libertà di espressione è oggi positivamente riconosciuto a livello dell'Unione europea dall'art. 11 della Carta europea dei diritti fondamentali, rubricato "Libertà di espressione e di informazione".

Il primo comma sancisce il diritto di ogni persona alla «libertà di opinione e alla libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera».

Il secondo comma della medesima disposizione prevede poi che «La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati».

Giova sottolineare come, a differenza di quanto previsto dall'art. 10.2 della Cedu già richiamato, le limitazioni all'esercizio del diritto di espressione vadano ricercate in una distinta disposizione applicabile a tutti i diritti riconosciuti dalla Carta e, precisamente, nell'art. 52 e 53 Cdfue.

---

della *Grande Chambre* sulla vicenda *Perinçek,* la Corte conferma il tradizionale *modus operandi ex* art. 17 Cedu nella decisione *M'bala M'bala c. Francia* (ric. 25239/13)

[499] Per una attenta analisi della libertà di espressione nell'ordinamento euro-unitario cfr. V. SALVATORE, *La libertà di espressione. Una prospettiva di diritto comparato. Unione europea*, Eprs – Servizio ricerca del Parlamento europeo.

[500] Sull'evoluzione della rilevanza della libertà di espressione nel contesto comunitario, R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Torino, 2011, 44 ss.

[501] Sul tema v., tra i tanti, G. DEMURO, *La Carta dei diritti*, in A. LUCARELLI-A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009, 232 ss.

Ne deriva, da un lato, che eventuali limitazioni a tale libertà devono essere «previste dalla legge» «rispettare il contenuto essenziale del diritto» ed essere «necessarie» con riguardo alla logica della proporzionalità.

D'altro lato, la tutela accordata dalla Cedu al diritto alla libertà di espressione deve considerarsi lo *standard* minimo di protezione.

L'esegesi dell'art. 11 Cdfue porta a distinguere tra manifestazioni attive e passive dell'esercizio del diritto alla libertà di espressione. In altri termini il diritto alla libertà di espressione implica, attivamente, il diritto di manifestare liberamente la propria opinione e il proprio pensiero (ovvero di non essere obbligati a farlo, integrando il c.d. diritto al silenzio) come pure quello di divulgare informazioni; mentre, per quanto concerne il profilo passivo, garantisce il diritto di accedere alle opinioni (ovvero di conoscere le idee) altrui, alle informazioni e ai documenti, quale che sia il canale di comunicazione.

Non deve sfuggire, inoltre, che il diritto alla libertà di espressione venga riconosciuto dalla Carta come diritto fondamentale, ancorché non assoluto, venendo garantito a tutti: "ogni persona", sia essa fisica o giuridica, sia che essa abbia la cittadinanza della U.E. o sia straniera.

Anche nel diritto euro-unitario, come si è visto per quello interno, la libera manifestazione del pensiero gode di una tutela rafforzata quando verte su determinate materie: è il caso della libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione ai sensi dell'art. 10 Cdfue ovvero della libertà artistica o scientifica di cui all'art. 13 Cdfue.

Per quanto riguarda le fonti di diritto derivato, poi, numerosi atti delle istituzioni fanno esplicito riferimento alla libertà di espressione. Si pensi alla direttiva n. 13 del 2010 sui media audiovisivi che consente alle emittenti radiotelevisive di derogare ai diritti di esclusiva in presenza di forme di esercizio del diritto di cronaca che rispondono a interesse pubblico; al regolamento n. 679 del 2016 sul trattamento dei dati personali che limita il diritto all'oblio ogni qual volta il rispetto dei dati personali sia necessario ai fini della libertà di espressione; e infine, alla direttiva n. 541/2017 sulla lotta contro il terrorismo che al considerando n. 40 esclude dal concetto di istigazione al terrorismo sia le opinioni su questioni politiche sensibili sia la diffusione di dati a fini scientifici, accademici e di comunicazione.

D'altro canto, non mancano istanze di matrice opposta, volte cioè a criminalizzare condotte comunicative e dunque a limitare, a determinate condizioni, la libera espressione a fronte della tutela di beni giuridici di particolare rilevanza comunitaria[502].

In questo senso, si ricordi, per esempio, che l'Unione europea ha adottato una decisione quadro sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, stabilendo che gli Stati membri considerino punibile l'incitamento volontario e pubblico alla violenza o all'odio nonché

[502] In generale sull'effetto espansivo (e sull'opposto effetto riduttivo) sul diritto penale realizzato dal primato del diritto UE cfr. F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 2011. In una prospettiva analoga attenta alla tutela multilivello dei diritti C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo*, auctoritas *e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, 339 ss. sottolinea il fondamento della riserva di legge nella democrazia penale come limite al diritto penale.

l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana di taluni crimini internazionali laddove praticate secondo modalità che potrebbero incitare alla violenza o all'odio[503].

In tale direzione si muove, più recentemente, la Direttiva UE 541/2017 che estende l'ambito di applicazione del delitto di istigazione e sollecita gli Stati membri nella punizione della "pubblica provocazione", anche indiretta, a commettere reati terroristici[504].

In questo quadro complesso e articolato, nell'ambito della propria giurisprudenza, la Corte di Giustizia ha sempre riconosciuto un valore essenziale alla libertà di espressione, quale «fondamento essenziale di una società democratica», attribuendole un peso determinante nell'interpretazione degli obblighi gravanti sui vari legislatori nazionali[505].

CAPITOLO III

IL SISTEMA DEI REATI DI OPINIONE NELL'ASSETTO DEMOCRATICO-COSTITUZIONALE: MODELLI A CONFRONTO

SEZIONE I

IL MODELLO PUBBLICO-STAUTALE DEI REATI DI OPINIONE: UNO STRUMENTO DI PRESIDIO ANTICIPATO DEGLI ASSETTI ISTITUZIONALI

SOMMARIO

1. PREAMBOLO. L'età postmoderna: la sovraesposizione mediatica dei pensieri non allineati nell'epoca dei nuovi strumenti di comunicazione. – **2.** La matrice politica del discorso fascista tra incertezze giurisprudenziali e nuove istanze punitive. – **3.** Il recupero dei reati di opinione politici nel diritto penale «di lotta» al terrorismo fondamentalista: il formante legislativo e sovranazionale. – 3.1. *Il formante giurisprudenziale*. – **4.** L'esperienza spagnola: il *delito de enaltecimiento* del terrorismo come «fantasma del diritto penale democratico» e i tentativi di interpretazione costituzionalmente orientata. – 4.1. *Il reato di* sedición *nel* procés catalán *tra «*rebelión en pequeño*» e reato d'opinione politico.*

1. PREAMBOLO. L'età postmoderna: la sovraesposizione mediatica dei pensieri non allineati nell'epoca dei nuovi strumenti di comunicazione

[503] Il riferimento è alla decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, in GUUE, L 328, del 6 dicembre 2008, 55-58.

[504] Cfr. Titolo 3, art. 5 della Dir. UE 541/2017. Sull'incidenza nel sistema interno *infra* cap. 3 par. 3.

[505] In questa direzione cfr. anche la Risoluzione sulla libertà di espressione del cittadino e la libertà di stampa e d'informazione del 1993 (Risoluzione del Parlamento europeo A3-0282/93 in G.U. n. C 20/113) e la più recente Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020 sul rafforzamento della libertà dei media: protezione dei giornalisti in Europa, incitamento all'odio, disinformazione e ruolo delle piattaforme.

La libertà di manifestazione del pensiero è progressivamente mutata a seguito dell'affermazione dei nuovi media che hanno del tutto rivoluzionato il modo di concepire la comunicazione tradizionale[506], radicalmente ridefinito le coordinate del discorso pubblico e profondamento inciso sulle connesse tematiche penalistiche[507]. Lo sviluppo di *Internet* e dei *social network* ha modificato, infatti, in maniera decisiva il modo di fare comunicazione, chiamando la democrazia a nuove e non semplici sfide[508].

Certamente, l'espressione di pensieri scomodi e non allineati non rappresenta un fenomeno legato allo sviluppo tecnologico, avendo trovato spazio anche in passato, verbalmente o mediante i media tradizionali[509]. Tuttavia, gli strumenti di comunicazione digitale contemporanei hanno determinato un'accentuazione – se non qualitativa quantomeno dal punto di vista quantitativo[510] – di tali forme espressive e, in ogni caso, una vera e propria sovraesposizione mediatica delle stesse[511].

Nell'era di *Internet* la manifestazione di pensieri non allineati riesce ad essere assai più incisiva a causa della straordinaria capacità che ha il *web* di veicolare comunicazioni. Infatti, la quasi totale assenza di meccanismi capaci di controllare e verificare le fonti, nonché di un adeguato sistema di responsabilità – agevolato dalla possibilità di operare in anonimato – ha favorito la diffusione di una grande quantità di "parole contrarie"[512]. *Internet*, diversamente dal tradizionale modo di fare comunicazione, è

---

[506] In generale sul nuovo concetto di "media" e la rivoluzione digitale, con particolare riguardo alla disciplina civilistica applicabile, v. V. ZENO ZENCOVICH, *Il concetto di "media" nel XXI secolo, in Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 25 ss. Per una riflessione, in ambito civilistico ma con spunti comparatistici, sui mutamenti che legislazione, dottrina e giurisprudenza hanno fatto segnare al confronto con le nuove tecnologie ed, in particolare, con Internet v. S. SICA-V. ZENO ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2010, 377 ss.

[507] Sull'incidenza nelle nuove forme comunicative nelle dinamiche del diritto penale cfr., tra gli altri, L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in AA.VV. (diretto da), *Cybercrime*, Torino, 2019, 35 ss. Più nello specifico, sui riflessi in tema di reati di opinione v. M. BOGGIANI, *L'istigazione a delinquere via* web, in AA.VV. (diretto da), *Cybercrime*, cit., 227 ss. e, in particolare, dei crimini d'odio v. L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 203 ss. e, con una interessante analisi anche dei dati in crescita del fenomeno, M. D'AMICO-C. SICCARDI, *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'*hate speech on line, Torino, 2021, 3 ss.

[508] Sulle nuove sfide della società del rischio e la sua conflittualità politico-ideologica enfatizzata dalla diffusione degli strumenti di comunicazione di massa, cfr. U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. di W. PRIVITERA-C. SANDRELLI, 1 ed., Roma, 2000. Medesime considerazioni sono espresse da C. SALAZAR, *I destini incrociati della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2018, 82 e L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda alla 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, 118. Nella stessa direzione si muovono le considerazioni di S. SICA, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Napoli, 2014, 9 ss., 53 ss. Quest'ultimo Autore mette in evidenza come nelle dinamiche di rottura del legame tra capitalismo e liberalismo la «libertà tecnologica», espressione di un «nuovo diritto globale di manifestazione del pensiero» nasconda altri e più oscuri quesiti, la cui risoluzione – ambigua e ibrida – rende sempre più «fragile» la libertà medesima.

[509] Così, A. SPENA, *La parola (-) odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello* hate speech, in *Criminalia*, 2017, 606 ss. e C. FIORE, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 900 ss. Sul punto v. anche F. BASILE, *Ti odio, "in nome di Dio". L'incriminazione dell'odio e della discriminazione (in particolare, per motivi religiosi) nella legislazione italiana*, in *Dir. pen. uomo*, 12, 2019, 5.

[510] Condividono tale impostazione I. GASPARINI, *L'odio ai tempi della rete: le politiche europee di contrasto all'*online hate speech, in *Jus*, 2017, 505 ss. e V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet service provider?*, in *Dir. pen. cont*., marzo 2019, 2 ss.

[511] Sulla sovraesposizione mediatica a cui sarebbe sottoposto il fenomeno e in particolare il sentimento dell'odio v. A. SPENA, *La parola*, cit., 577 ss.

[512] Sul ruolo (neutrale o di amplificazione) del *web*, con particolare riguardo ai discorsi d'odio, G. ZICCARDI, *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Milano, 2016, 14 ss., 213 ss.

caratterizzato, infatti, dalla pressoché totale assenza di ostacoli che, invece, per lungo tempo, hanno funto sì da barriera, ma anche da filtro[513].

A ciò bisogna poi aggiungere il ruolo rivestito dai *social network* che hanno ulteriormente agevolato la propagazione del fenomeno, permettendo la veicolazione indiscriminata delle affermazioni mediante i meccanismi di condivisione che sono una prerogativa di tali strumenti. Oggi, infatti, chiunque può diffondere una manifestazione di odio sul *web*, con un semplice *click* o *tag*.

Anche la mancanza di un contatto fisico diretto con la vittima, proprio dei sistemi *online*, facilita l'espressione di pensieri odiosi, favorendo il processo di stereotipizzazione e de-umanizzazione dell'altro che sono alla base del fenomeno[514].

Non va sottovalutata, poi, la scarsa fiducia nei confronti dei media tradizionali, accusati sempre più di essere controllati dal regime politico, mentre il *web* sarebbe espressione di un nuovo modo di fare comunicazione, indipendente, in cui è possibile che ciascuno manifesti liberamente il suo pensiero[515].

Tutto ciò ha comportato che i centri di imputazione del discorso pubblico si sono moltiplicati a dismisura, la platea di possibili destinatari del massaggio è cresciuta in modo esponenziale e ormai travalica qualunque confine geografico o linguistico. La comunicazione è «istantanea e pervasiva, riguarda ogni aspetto della vita delle persone e – dato cruciale – è pressoché costantemente pubblica»[516].

Con un maggiore sforzo di sistematizzazione, è possibile sostenere che le ragioni alla base dell'incremento dei pensieri scomodi in grado di integrare fattispecie d'opinione sono legate intimamente ad alcuni fattori strutturali della rete. Tali componenti caratterizzanti i contenuti digitali rispetto a quelli tradizionali sono identificati, in breve, nella *permanence*, *itinerancy*, *anonymity* e c*ross-jurisdicional character*[517]. Pubblicità per iterazione, disinibizione della comunicazione e de-individuazione diventano così i fattori fondamentali cui imputare la sovraesposizione mediatica dei pensieri nell'età postmoderna.

Il fenomeno non attiene esclusivamente ai discorsi d'odio ma coinvolge tutte le forme di parola pericolosa, anche quelle poste a presidio degli assetti istituzionali pubblici. Basti pensare all'utilizzo che dei nuovi strumenti digitali fa il terrorismo internazionale. La capacità diffusiva di quest'ultimo ha trovato, infatti,

---

[513] Su tali profili attinenti alle trasformazioni dei meccanismi tipici della comunicazione di massa v. A. SPENA, *La parola*, cit., 579 ss.; 582 ss. L'Autore fa riferimento specifico ai discorsi d'odio ma gli argomenti utilizzati valgono in generale per tutte le forme della parola pericolosa, anche sul versante dei discorsi pubblici offensivi della sicurezza collettiva. In questa ultima direzione, v. F. FASANI, *Le "parole preparatorie". I reati antiterrorismo di parola nell'era dei* new media, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2019, 109 ss.

[514] In argomento, ancora A. SPENA, *La parola*, cit., 583. Sullo smarrimento della propria individualità e responsabilità nell'ambito delle dinamiche dell'agire in massa dei *social network* v. anche P. ZIMBARDO, *Effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, M. BOTTO (trad. it.), Milano, 2008.

[515] Cfr. M. RECALCATI, *Sull'odio*, Bologna, 2004, 18 ss.

[516] Così, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 383 ss. Sulla «risonanza assolutamente impensabile nel passato» che anche le espressioni più tradizionali del dibattito politico nelle sue forme popolari sono in grado di ottenere v. le riflessioni di C. FIORE, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, cit., 898. Sulla costante pubblicità del discorso in rete v. C. MELZI D'ERIL, *La disciplina della stampa e la sua estensione all'informazione in rete*, in AA.VV. (a cura di), *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019, 310 ss.

[517] Così, I. GUARDAGLIONE - D. GAL - T. ALVEZ - G. MARTINEZ, *Countering online hate speech*, Parigi, 2015, 13 ss. con riguardo ad uno studio sul tema commissionato dall'UNESCO. Sull'argomento anche V. NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale*, cit., 6 ss.

un supporto in *internet* e nei *social media*, divenuti i canali principali usati dai terroristi per le proprie attività, tant'è vero che si parla di un autonomo *cyber Caliphate* formato da «nativi digitali» di cui è impossibile assicurare un controllo capillare[518].

Mentre i fenomeni terroristici del passato fondavano le proprie attività su approcci diretti e personali, la peculiarità del jihadismo militante dei nostri giorni è il sapiente e massiccio utilizzo di tutti i più moderni strumenti tecnologici[519].

La destrutturazione del nuovo terrorismo internazionale, privo di gerarchie stabili, trova il suo referente nella flessibilità e globalità del mondo virtuale. Ne derivano una serie di vantaggi, un tempo impensabili, per la diffusione dei messaggi estremisti: le radicalizzazioni, infatti, diventano ampie e diffuse, nonché immediate e sostanzialmente incontrollabili, in grado di conquistare, a distanza e spesso segretamente, soggetti conosciuti e sconosciuti.

La forza travolgente dei *new media* è tale che si sono individuate diverse funzioni che gli estremisti perseguono con l'utilizzo di tali canali, a cui si affiancano le recenti innovazioni tecnologiche (*smartphones*, *tablets*): dalla propaganda *erga omnes* degli obiettivi e dei risultati delle singole strutture terroristiche, alla pubblica intimidazione; dal reclutamento e dall'indottrinamento, alla vera e propria diffusione di materiali volti all'addestramento; dall'organizzazione, anche a distanza, degli episodi terroristici, fino alla rivendicazione e all'elogio delle condotte realizzate dallo stesso agente o da terzi[520].

Si tratta, in buona sostanza, di un «cerchio» che, chiudendosi su se stesso, rappresenta l'ossatura delle dinamiche dell'islamismo militante.

Dunque, per le ragioni anzidette, negli ultimi tempi, le peculiari dinamiche politico, culturali e sociali, enfatizzate dall'utilizzo delle moderne tecnologie informatiche, hanno dato nuova linfa vitale all'espressione di opinioni potenzialmente pericolose: sia con riferimento al cd. *hate speech* che, come si è anticipato, colpisce la dignità e l'uguaglianza dei singoli, sia con riguardo al discorso pubblico di matrice politica, offensivo della - ben più sfumata - sicurezza collettiva.

È proprio in questa duplice prospettiva che si muoverà il prosieguo del lavoro, analizzando la normativa esistente e le nuove istanze di criminalizzazione volte ad apporre strumenti efficaci di contrasto al fenomeno.

Un'ultima riflessione preliminare sul ruolo che la comunicazione 2.0 determina rispetto alla tematica dei reati di opinione appare necessaria.

---

[518] Tale rilievo è emerso dallo studio realizzato dallo UNODC, *The use of the Internet for terrorist purposes*, in *www.unodc.com.*

[519] Sul ruolo dei nuovi mezzi di comunicazione di massa nelle dinamiche del terrorismo internazionale cfr., tra gli altri, R. FLOR, *Cyber-terrorismo e diritto penale in Italia*, in WENIN-FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno di Trento, 2 e 3 ottobre 2015*, Napoli, 2017, 325 ss. Un affresco dei casi più significativi si può leggere in S. DAMBRUSO, *Jihad. La risposta italiana al terrorismo: le sanzioni e le inchieste giudiziarie*, Roma, 2018, 55 ss.

[520] Per un'analisi più approfondita di tali funzioni, F. FASANI, *Le "parole preparatorie",* cit., 109 ss.

È significativo rilevare, infatti, che la nuova rivoluzione tecnologica e informatica produce effetti, per certi versi, contraddittori. Da un lato comporta, in conseguenza della «generale omologazione del pensiero e delle sue forme espressive»[521], lo stagliarsi di «voci che si distaccano – solo perché rumorose, violente, sorprendenti – dal magma confuso dell'*overcrowling* informativo»[522]. Dall'altro – ed è questo l'aspetto interessante ai fini del nostro lavoro – l'iper-comunicazione caotica ha determinato un certo livello di assuefazione degli ascoltatori ai messaggi veicolati. In tal senso, anche l'apparato giudiziario percepirebbe una sostanziale inoffensività delle manifestazioni espressive di questo tipo, in tal modo potendosi spiegare il numero risibile di procedimenti penali a fronte della mole impressionante di discorsi che integrano fattispecie di opinioni[523].

2. La matrice politica del discorso fascista tra incertezze giurisprudenziali e nuove istanze punitive

Tra i reati di opinione di matrice politica, attualmente configurabili nel sistema e che trovano una certa fortuna giurisprudenziale, si collocano sicuramente quelli che hanno ad oggetto il discorso fascista.
Si tratta di fattispecie – frutto di stratificazioni e sovrapposizioni normative – volte a dare attuazione alla XII disp. trans. e fin. della Costituzione che, limitando espressamente la libertà di associazione (art. 18 Cost.), vieta la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista.
La disciplina di riferimento è fissata dalla l. 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. legge Scelba), la quale ha previsto – per quel che interessa ai fini del presente lavoro – i reati di apologia di fascismo (art. 4) e di manifestazioni fasciste (art. 5). Mentre quest'ultimo vieta la manifestazione o l'esposizione di simboli riconducibili al disciolto partito fascista o alle organizzazioni naziste, il primo delitto punisce le condotte di propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguente le finalità antidemocratiche proprie del partito fascista (comma 1), ovvero che si sostanziano nella pubblica esaltazione di princìpi, fatti o metodi del fascismo, oppure delle sue finalità antidemocratiche, prevedendo, per tale ultima ipotesi, un aggravamento di pena "se il fatto riguarda idee o metodi razzisti" (comma 2).
L'obiettivo perseguito dal legislatore del secondo dopoguerra è colpire i fenomeni di discriminazione e le manifestazioni dei movimenti fascisti, contrarie ai principi costituzionali. Come si è anticipato, la legge

[521] Su tale rilevo, connesso al diffondersi della società dei consumi, v. R. COTRONEO, *Il conformismo della rete*, in *Sette*, 45, novembre 2015, 26.
[522] Così, G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso*, cit., 1039. Nel medesimo senso anche P. GAETA, *Limiti di espressione dell'antagonismo politico e giurisprudenza di legittimità: riflessioni sparse*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 909.
[523] Tale effetto è sostenuto autorevolmente da C. FIORE, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, cit., 899 ss., il quale sottolinea come, tuttavia, tale valutazione di concreta inoffensività potrebbe mutare con conseguenze tutt'altro che rassicuranti. Sul c.d. «effetto mitridatizzante» A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 384-385 mette in luce come l'assenza di procedimenti penali possa dipendere, piuttosto, dalla spettacolarizzazione dei pochi casi in materia e dalla povertà degli strumenti forniti al giudice per la formulazione del giudizio di idoneità offensiva della condotta, rispetto al quale l'avvento di *Internet* rappresenta «il colpo di grazia» (*infra*, cap. 4, par. 4.1).

Scelba ha costituito, poi, un indubitabile punto di riferimento sul piano strutturale per le nuove fattispecie incriminatrici di discriminazione razziale, ponendosi come fondamento delle relative disposizioni attualmente regolate dall'art. 604 *bis* c.p.

L'evidente arretramento della tutela penale ai margini della libera espressione che pongono – interpretate alla lettera – tali figure criminose, le colloca nell'ambito del modello tradizionale di tutela pubblico-statuale apprestato dai reati di opinione[524].

Il bene protetto in queste fattispecie è delimitato dalle precipue finalità che devono assumere le attività oggetto di propaganda e apologia, mutuate dalla previsione della XII disp. trans. fin. Cost. L'esigenza è quella di accordare una tutela anticipata ai fondamenti dell'ordinamento democratico, il cui assetto, per le peculiari ragioni storiche nazionali, viene messo in pericolo per effetto della diffusione delle idee del disciolto partito fascista.

Nell'impostazione originaria, il contenuto delle manifestazioni simboliche e l'esaltazione del fascismo, assumono, per ciò solo, un rilievo assorbente sul piano della offensività, non essendo necessario individuare una idoneità in concreto e una funzionalità di tali condotte alla riorganizzazione del disciolto partito fascista, soprattutto ove si svolgono in ambito pubblico che, per sua natura, può consolidare il consenso intorno a tali idee e realizzare un effetto di turbamento della pacifica civile convivenza[525].

Al rischio – già evidenziato e connesso al riconoscimento come oggettività giuridica di un ordine pubblico ideale o normativo – di criminalizzare anche il mero dissenso ideologico-politico e tutte le forme di manifestazione del pensiero contrarie ai valori dell'ordinamento costituzionale o sovranazionale, si è fatto fronte attraverso la rilettura in termini di pericolo concreto di tali norme incriminatrici.

La Corte costituzionale, infatti, ha seguito anche rispetto a tale materia l'interpretazione ortopedica che trasforma il divieto di apologia alla stregua di un'istigazione indiretta: non più semplice difesa elogiativa di un reato, bensì quella che per le sue modalità integri un comportamento concretamente idoneo a provocarne la commissione. In questo modo, l'apologia di fascismo e le manifestazioni fasciste penalmente rilevanti sono state ricondotte alle sole ipotesi prodromiche in concreto alla ricostituzione del partito fascista, in linea con la XII disp. trans. e fin. Cost.[526] Non è quindi sufficiente che le condotte realizzino attività astrattamente qualificabili come apologia di fascismo e manifestazioni fasciste, ma è necessario che il fatto trovi nel momento e nell'ambiente in cui è compiuto circostanze tali da renderlo

[524] In argomento, A. COSTANTINI, *Il saluto romano nel quadro dei crimini d'odio razziale: dimensione offensiva e rapporti con la libertà di espressione*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2020, 215 ss.; D. PICCIONE, *L'antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell'emotività*, in *Giur. cost.*, 4, 2017, 1941. In tema anche M. PELISSERO*, La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust*., 4, 2015, 37

[525] Tale ricostruzione è condivisa anche da una parte minoritaria della dottrina: PERDUCA, *Fascismo II Disposizioni penali sul fascismo*, in *Enc. Giur*., XIV, 1989, 5.

[526] Corte cost. n. 1 del 1957 (apologia di fascismo) e nn. 74 del 1958 e 15 del 1973 (manifestazioni fasciste).

idoneo a provocare adesione e consensi e a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste[527].

Ebbene, il recente riacutizzarsi di alcuni fenomeni di neofascismo ha dimostrato la debolezza dell'accertamento dell'idoneità in concreto, suscettibile di far approdare a risultati ondivaghi[528].

È vero, infatti, che le decisioni in materia di apologia e manifestazione fasciste, ultimamente tornate in auge nella prassi applicativa con riferimento agli episodi di c.d. "saluto romano" e "chiamata al presente", sembrano recuperare la carica offensiva di tali fattispecie, ancorata dal giudice delle leggi al pericolo – difficilmente prospettabile nel moderno assetto civile – di ricostituzione del partito fascista.

Non mancano però orientamenti diversi, tendenti a considerare il requisito della pubblicità come assorbente, in ragione della perdurante attualità del pericolo per le istituzioni democratiche rappresentato da tali manifestazioni.

Le difficoltà ermeneutiche risultano accentuate dalla sovrapposizione normativa che si è venuta a creare, nella misura in cui il discorso neofascista, oltre a integrare le fattispecie della l. Scelba, può essere ricondotto, anche se in via sussidiaria in via della clausola espressamente prevista, ai reati in tema di discriminazione razziale, perché diretto a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale[529].

Le differenze attengono al bene giuridico protetto: mentre la legge del 1952 si ricollega direttamente alla ricostituzione del partito fascista e quindi al pericolo per le istituzioni democratiche, le norme in tema di discriminazione razziale si riferiscono a espressioni o uso di simboli (anche se propriamente fascista) in riferimento a idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale ed etnico.

Sarà, comunque, ancora una volta il giudice del caso concreto, in base allo specifico contesto, a stabilire se la medesima condotta possa integrare l'uno o l'altro reato.

Si è delineato un quadro normativo in tema di penalizzazione del discorso nazi-fascista che, frutto delle continue stratificazioni normative, non è immune da censure e rischia, specie nella prassi giudiziaria, di

---

[527] «Nel nostro ordinamento l'ideologia fascista non è incostituzionale, né penalmente rilevante in sé; essere fascisti non è cioè un reato e non deve quindi ritenersi possibile essere soggetti a pena per la sola adesione ideologica al fascismo, fintanto che tale adesione non si traduca in un pericolo o in una lesione dei beni costituzionalmente tutelati». Così: P. CAROLI, *Commemorare i caduti della Repubblica Sociale Italiana con il saluto romano non costituisce reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1592.

[528] Nel cap. 4 par. 4.2 si dirà di come la discrezionalità giudiziaria rispetto all'accertamento del pericolo concreto abbia condotto rispetto al medesimo fatto storico a due esiti processuali contrapposti e si darà conto dell'esistenza dei due diversi orientamenti giurisprudenziali in tema di apologia di fascismo (*infra* anche cap. 2 par. 5.3).

[529] Il "saluto fascista", in particolare, può essere inquadrato all'art. 2 della l. Reale-Mancino, che punisce «chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 3 della L. 13 ottobre 1975, n. 654». Su tale sovrapposizione normativa cfr. G. BIONDI, *È ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del disciolto partito fascista?*, in *Giur. merito*, 2006, III, 2474 ss.; A. CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Quest. giust*., 1997, 476 ss.; M. GALLI, *Dalla Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di "esibizionismo razzista" (art. 2 co. 1 legge mancino) e il delitto di «manifestazioni fasciste» (art. 5 legge Scelba*), in *Dir. pen. cont*., giugno 2016.

colpire mere forme espressive coperte dall'art. 21 Cost., in tal modo mostrando una tensione evidente con i principi penalistici costituzionali.

La dottrina più attenta suggerisce, per tali ragioni, un ridimensionamento della rilevanza penale dell'apologia di fascismo e delle manifestazioni fasciste, da declinare rispetto alle sole istigazioni dirette alla violenza con riguardo ai fatti, ai metodi o ai principi del fascismo[530].

Cionondimeno, una tendenza di segno totalmente opposto si registra a livello politico. Infatti, all'allarme per il dilagare di pulsioni ideologiche antidemocratiche considerate pericolose per la tenuta dell'ordine pubblico fa riscontro la formulazione di proposte favorevoli all'ampliamento dei reati d'opinione, anche nella specifica materia del contrasto ai pensieri di matrice nazi-fascista.

Il riferimento è alla proposta di legge c.d. Fiano (A.C. n. 3343), approvata alla Camera il 12 settembre 2017 e poi definitivamente arenatasi al Senato, avente ad oggetto l'introduzione di un nuovo reato di propaganda del regime fascista e nazifascista (art. 293 *bis* c.p.), volto a saturare i limiti delle fattispecie di manifestazione e propaganda della ideologia fascista che, come interpretati dalla giurisprudenza, non risultano applicabili per la propaganda del pensiero fascista che si presenti isolata o frutto di iniziativa di singoli[531].

Le condotte tipizzate contemplavano sia la c.d. propaganda attiva diretta, che si manifesta anche solo nei diversi passaggi della filiera produttiva di immagini, oggettistica, *gadgets* di ogni tipo o simboli che comunque siano chiaramente riferiti all'ideologia fascista o nazifascista o ai relativi partiti, sia quei comportamenti espressione di "simbologia e gestualità" che a tali partiti o ideologie si riferiscano.

In sede di dibattito parlamentare è stata introdotta anche una clausola di riserva ("Salvo che il fatto costituisca più grave reato"), per la necessità di risolvere a monte la potenziale situazione di interferenza della fattispecie descritta dal nuovo art. 293-*bis* c.p. con quella più grave ma parzialmente sovrapponibile di cui all'apologia del fascismo.

Nello schema della nuova norma è anche prevista l'introduzione di una aggravante comune nel caso in cui la propaganda del regime fascista e nazifascista sia commessa "attraverso strumenti telematici o informatici".

Nelle relazioni di accompagnamento al d.d.l. si evidenzia che l'esigenza di introdurre una nuova ipotesi di reato deriva dalle perplessità della giurisprudenza circa la sussumibilità nella fattispecie di apologia del fascismo di condotte manifestanti la semplice adesione alla ideologia fascista o esposizione dei relativi simboli. Secondo la giurisprudenza dominante, infatti, le condotte di ostentazione di simboli fascisti o le manifestazioni di gestualità espressive di tale ideologia non integrano apologia ma il meno grave reato di manifestazione fascista, ovvero, in assenza di una chiara riferibilità al regime fascista, una delle ipotesi sussidiarie contravvenzionali di cui all'art. 2 d.l. n. 122 del 1993.

---

[530] In questo senso si muove A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 420 ss.

[531] Sulla proposta legislativa di introdurre il nuovo reato di propaganda fascista cfr. A NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Dir. pen. cont*., maggio 2018, 3 ss.

I dubbi sulla effettiva tenuta costituzionale (e convenzionale) della ipotizzata nuova fattispecie sono di tutta evidenza: si tratta di un reato di opinione puro, che finirebbe per punire ogni riferimento ideologico al fascismo in quanto tale, presupponendo una intrinseca pericolosità di tali condotte per i valori condivisi della società e dalla politica.
Il dibattito parlamentare si è arenato proprio per le perplessità di far ricorso allo strumento della sanzione penale piuttosto che confinare il contrasto a tali forme di dissenso meramente ideologico alla sede naturale del confronto politico e sociale.

3. Il recupero dei reati di opinione politici nel diritto penale «di lotta» al terrorismo fondamentalista: il formante legislativo e sovranazionale

Negli ultimi anni il recupero del modello di tutela pubblico-statuale sotteso all'impostazione tradizionale dei reati di opinione si è registrato in modo significativo nel settore dell'antiterrorismo. In tale contesto, in cui il pensiero islamico radicale assume un ruolo nevralgico e – come si è detto – l'utilizzo degli strumenti di comunicazione di massa un carattere catalizzatore, le fattispecie di istigazione e apologia rispondono perfettamente alla logica della tutela progressiva che regola un esempio d'avanguardia di «sub sistema repressivo *off-shore*»[532]. In effetti, esse si collocano a valle di una vera e propria "*escalation*" che, in una prospettiva di crescente intensità, punisce anche l'arruolatore, l'arruolato, l'addestratore, l'autoaddestrato ed infine l'associato.
A tale tendenza hanno contribuito tutti i formanti della sistematica penalistica: forme legislative di tutela anticipata, *inputs* sovranazionali di criminalizzazione ed ermeneutiche giudiziarie flessibilizzanti.
Di fronte all'allarme del terrorismo internazionale è stato, innanzitutto, il legislatore ad intervenire: prima, arricchendo il Codice di nuove fattispecie incriminatrici, poi, ritoccando le medesime. A partire dagli anni Duemila – e durante tre stagioni normative corrispondenti alle rispettive fasi storiche del fenomeno – il compendio delittuoso, originariamente calibrato sul solo terrorismo nazionale-politico dei c.d. "anni di piombo", è stato arricchito da una serie, nutrita e complessa, di illeciti[533].
L'intera normativa antiterrorismo, specie dopo la novella del 2015[534], è costellata da un'anticipazione estrema della tutela penale, caratterizzata da incriminazioni «minuziosamente generiche», spesso solo simboliche, costruite su base prevalentemente soggettivistica e rispetto alla cui applicazione, legata a esigenze processuali, l'organo giurisdizionale gode di una discrezionalità «intollerabile»[535].

---

[532] Così, C.E. PALIERO, *L'Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2016, 115
[533] Per un quadro del sistema punitivo antiterrorismo v., tra gli altri F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale* Padova, 2016.
[534] Sull'esasperata anticipazione della tutela penale scaturita dalla politica securitaria della novella del 2015 v. A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al D.L. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim*., 2, 2015, 226 ss.
[535] Così, G. MARINO, *Lo statuto del "terrorista": tra simbolo ed anticipazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trimestrale*, 1, 49. Nello stesso senso, con riguardo alla punibilità per via giurisprudenziale (Cass., 9 settembre 2015, n. 40699, *Elezi*, par.

Il rischio di legittimare l'utilizzo della sanzione penale anche rispetto alle più remote forme di adesione psicologica alla causa terroristica è alimentato, altresì, dalla rivitalizzazione legislativa che in questo settore hanno ricevuto istigazione e apologia, nella duplice forma prevista dagli artt. 302 e 414 c.p.[536] In particolare, sono state introdotte due circostanze aggravanti nella struttura di tali fattispecie. La prima, inserita con il d.l. n. 144 del 2005, ancora l'aumento di pena della metà se i fatti di istigazione o apologia riguardano delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità. La seconda, introdotta nel d.l. n. 7 del 2015, comporta un innalzamento della pena se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici in ragione, come si è visto, della particolare diffusività e conseguente insidiosità di tali mezzi[537].

Spinte sempre più considerevoli, nella direzione della criminalizzazione dell'opinione nel settore in esame, provengono anche da parte degli ordinamenti sovranazionali[538].

In questa prospettiva un ruolo di primo piano è stato svolto dall'Unione Europea che, come è noto, fin dal 1999 si è occupata della lotta al fenomeno terroristico, oggi in base alla competenza penale indiretta *ex* art. 83 TFUE.

A questi *inputs* si associano anche le numerose misure adottate in seno al Consiglio d'Europa, al fine di dare attuazione alle indicazioni provenienti dalle Nazioni Unite, quali la Convenzione per la prevenzione del terrorismo del 2005 e il Protocollo Addizionale del 2015[539].

Per quello che interessa in questa sede, è opportuno richiamare la già menzionata Direttiva UE 541/2017 che, oltre a prevedere nuovi obblighi di incriminazione, estende l'ambito di applicazione del delitto di istigazione e, inoltre, sollecita gli Stati membri nella punizione della c.d. "pubblica provocazione" a commettere reati terroristici. Quest'ultima richiesta era già stata anticipata dalla decisione quadro 2008/919/GAI che, nel tentativo di adeguare il sistema normativo alle inedite caratteristiche strutturali di un terrorismo sempre più molecolare, invitava alla criminalizzazione della «diffusione, o di qualunque altra forma di pubblica divulgazione, di un messaggio terroristico con l'intento di istigare a commettere uno dei reati di terrorismo, qualora tale comportamento dia luogo al rischio che possano essere commessi uno o più reati»[540].

3.1., 17-18) finanche del tentativo (attivo) della non meglio precisata condotta di arruolamento (art. 270 *quater* c.p.) F. DE MARINIS, *Considerazioni minime intorno al tentativo di arruolamento, tra legislazione e prassi giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 7-8, 71 ss.

[536] La tendenza a rivitalizzare istigazione e apologia nell'antiterrorismo è sottolineata da E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., 1016 ss.

[537] In proposito, C. LEOTTA, *La repressione penale del terrorismo a un anno dalla riforma del D.L. 18 febbraio 2015 n.7, conv. con modif. dalla L. 17 aprile 2015 n. 43*, in *Arch. pen.*, 2016, 1, 6 ss. Sul carattere eminentemente simbolico dell'aggravante del terrorismo v. M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. Giust.*, 2016, 242.

[538] Sull'importanza dell'*input* sovranazionale nella politica criminale di contrasto al terrorismo cfr. V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea e internazionale*, Napoli, 2013.

[539] Sui riflessi (ante Trattato di Lisbona) delle determinazioni ONU (anche in materia di terrorismo) a livello europeo e interno, V. SCIARABBA, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell'ONU*, in *Rassegna forense*, 1, 2006, 175 ss.

[540] Si tenga presente che la stessa definizione era contenuta anche nell'art. 5 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo del 2005.

Ribadendo la necessità di introdurre il reato di "pubblica provocazione", la Direttiva del 2017 precisa che lo stesso può realizzarsi con qualsiasi mezzo, sia *online* che *offline*, essendo sufficiente che il comportamento, direttamente o indirettamente, promuova il compimento di reati di terrorismo. In buona sostanza, il legislatore europeo chiede che siano punite, accanto alla classica istigazione diretta, anche forme d'istigazione indiretta, che si limitino cioè ad aumentare il rischio che siano commessi delitti di terrorismo. La condotta da punire appare delineata in termini particolarmente generici, rendendo del tutto indefinita la linea di confine che separa la *freedom of speech* e l'apologia di reato terroristico e conseguentemente ponendosi al di là del *discrimen* costituzionale e convenzionale individuato nel rapporto tra esigenza di tutela della collettività e libera manifestazione del pensiero.

Eppure, l'*input* sovranazionale verso l'espansione dei reati di opinione sembra avere un certo seguito. Esemplificativamente, nel nostro ordinamento, tra i tentativi fatti – almeno fino a questo momento – nella direzione richiesta dall'Unione Europea e dal Consiglio d'Europa, va segnalato un disegno di legge presentato alle Camere e non discusso, con il quale si prevedeva l'introduzione dell'art. 270 *octies* c.p., contenente una nuova fattispecie di "istigazione al terrorismo" che avrebbe dovuto punire la pubblica diffusione di messaggi che incitano, anche in maniera indiretta, a commettere atti terroristici[541].

3.1 Il formante giurisprudenziale

Quanto all'atteggiamento giurisprudenziale su tali fattispecie, come si è in parte già anticipato (*infra* cap. 2 par. 5.3), il fenomeno delle fedeltà apparente ai *dicta* costituzionali sull'interpretazione di istigazione e apologia trova il suo terreno d'elezione proprio nel settore dell'antiterrorismo[542].

V'è da rilevare che di fronte al decisivo incremento delle forme di esaltazione pubblica del fenomeno, la giurisprudenza ha rivitalizzato le ipotesi d'apologia e istigazione che negli ultimi anni, proprio in questo ambito, stanno ricevendo una considerevole applicazione.

Ebbene, le premesse costituzionalmente orientate delle diverse pronunce in materia finiscono per essere disattese nella sostanza, arrestando le fattispecie su giudizi meramente presuntivi[543].

Innanzitutto, il pericolo è rapportato non tanto alla commissione del reato, bensì alla condizione personale dell'autore, misurata dal legame con altri soggetti, anche solo indiziati di reati con finalità di terrorismo[544].

---

[541] Si fa riferimento al d.d.l. n. 1799, approvato dal Consiglio dei ministri nella seduta del 20 luglio 2007 e presentato in Parlamento in data 18 settembre 2007 dai Ministri degli Affari Esteri e della Giustizia. Sul punto, V. NARDI, *La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale*, In *Dir. pen. cont. Riv. trim*., 2017, 1, 129 ss.

[542] Sull'applicazione giurisprudenziale delle fattispecie d'opinione nel contrasto al terrorismo islamico cfr. P. CIRILLO, *Il volto dei reati di opinione nel contrasto al terrorismo internazionale al tempo di Internet*, 2, 2019, 81 ss.

[543] In contrasto a tale logica presuntiva e maggiormente fedele al canone dell'offensività si pone, seppure non con diretto riferimento alla struttura del reato di istigazione, Cass., Sez. I, 28 giugno 2017, n. 7203. Nel ritenere non compatibile la circostanza aggravante dell'incitazione a commettere delitti di terrorismo, prevista dall'art. 414, comma 4, c.p. con quella della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico di cui all'art. 1 della L. 15 del 1980, la Corte richiede, ai fini dell'integrazione della seconda aggravante, che essa sia ancorata ad una condotta caratterizzata, anche per modalità attuative, dalla percepibile finalizzazione al terrorismo.

[544] Si veda Cass., Sez. V, 25 settembre 2017, n. 55418, in *Dir. rel.*, 2018, 2, con nota di P. CIRILLO.

In secondo luogo, nelle valutazioni giudiziali si finisce per considerare insita al concetto espresso di "pubblicamente" una presunzione, quasi assoluta e difficilmente vincibile, di pericolosità: così che se un messaggio è diffuso sul *web* ed ha per questo natura pubblica sarà anche concretamente pericoloso, senza bisogno di ulteriori approfondimenti[545].

Ma vi è di più. L'arretramento della tutela penale ai margini della libertà di manifestazione del pensiero emerge, in termini ancora più drammatici, quando è altresì contestata la partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo[546]. L'innesto giudiziale tra i due reati di pericolo, sebbene sia considerato «dato ermeneutico incontroverso», determina una doppia anticipazione della tutela, di dubbia compatibilità con il diritto penale costituzionale; a maggior ragione se si tiene conto della sede cautelare in cui frequentemente trova a pronunciarsi la Corte[547].

Lo svuotamento della carica offensiva, che raggiunge in questa materia la sua dimensione più apprezzabile, fa ricomparire reati di opinione puri, capaci di criminalizzare la libertà di espressione, pur di colpire le insidiose forme d'incitamento e propaganda di stampo terroristico.

Emerge, dunque, un uso strumentale, per ragioni simbolico-espressive e di prevenzione generale negativa, dei delitti *lato sensu* istigatori per far fronte a qualsiasi episodio - anche di mera adesione psicologica - che, in quanto legato alla causa terroristica, si reputa di elevato allarme sociale.

Nelle pieghe di tali ragionamenti, nonostante la formale adesione all'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, si può leggere una più o meno inconscia adesione al fenomeno della c.d. «processualizzazione degli istituti di diritto penale sostanziale», vale a dire alla ricostruzione della fattispecie sostanziali sulla base delle evidenze probatorie concrete[548].

Evidentemente, simili costruzioni giudiziali sono mosse da un'idea di diritto penale, se non del «nemico», quantomeno di «lotta» al fenomeno. Il rischio è che, in nome della ragion di stato, si realizzino forme illegittime di violazione di quelle garanzie su cui dovrebbe fondarsi il sistema criminale moderno[549].

---

[545] Cfr. Cass., Sez. I, 8 febbraio 2018, n. 20198; Cass., Sez. I, 15 maggio 2017, n. 24103, Dibrani; Cass., Sez. V, 25 settembre 2017, n. 55418, cit. In senso critico su questa tendenza valgono le considerazioni di A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, cit., 292 ss.

[546] Sul *deficit* di determinatezza che connota l'art. 270 *bis* c.p., fin dalle modifiche apportate nel 2001, v., tra gli altri, C. CUPELLI, *Il nuovo art. 270 bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza*, in *Cass. pen.*, 2002, 897 ss. Sulle recenti concezioni estensive in tema di partecipazione ad associazione terroristica v. L. GIORDANO, *Associazione con finalità di terrorismo: l'interpretazione giurisprudenziale di una fattispecie problematica*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2019, 274 ss.

[547] Cass., Sez. I, 9 ottobre 2018, n. 51654; Cass., Sez. V, 25 settembre 2017, n. 55418 e Cass., Sez. I, 6 ottobre 2015, n. 47489, Halili, con nota di C. ROSSI, in *Cass. pen.,* 2016, 6, 2470. In senso critico, E. MAZZANTI, *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2017, 1, 34.

[548] L'espressione è di T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sui momenti processuali della legalità penale, Ind- pen*. 1999, 527 ss. Per l'analisi di tale fenomeno nel diverso contesto del concorso esterno in associazione mafiosa, specie nell'era post Mannino, cfr. V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014, 126 ss.

[549] In argomento: F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 4, 676 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale tra diritto penale del nemico,* ius in bello *del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 2, 55 ss.; M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. giust.*, 2016, 99 ss.

4. L'esperienza spagnola: il *delito de enaltecimiento* del terrorismo come «fantasma del diritto penale democratico» e i tentativi di interpretazione costituzionalmente orientata

Il recupero di un modello pubblico-statuale di reati di opinione, quali strumenti dal sapore autoritario di presidio anticipato degli assetti istituzionali, può essere registrato anche nel sistema penale spagnolo, pur essendo quest'ultimo caratterizzato da una struttura sicuramente democratica[550].

Il fenomeno trova una sua chiara esemplificazione, ancora una volta, nella materia antiterrorismo, con riguardo al delitto di *enaltecimiento* e ai suoi rapporti con la rilevanza penale della mera apologia.

Quest'ultima, a differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano[551], è disciplinata nella parte generale del Codice penale che, al comma 1 dell'art. 18, ne detta una regolamentazione dalla vocazione restrittiva[552]. Nello specifico, l'apologia è normativamente intesa quale esposizione, davanti una pluralità di persone o attraverso qualsiasi mezzo di diffusione, di idee o dottrine che esaltino il crimine o il suo autore. La sua penalizzazione, tuttavia, è condizionata perché, in base alla sua natura e alle circostanze del caso concreto, deve realizzare una provocazione, vale a dire incitare direttamente alla commissione di un delitto[553].

La prospettata configurazione restrittiva dell'apologia, se, da un lato, ha comportato una scarsa applicazione di tale reato nella pratica forense[554], è apparsa, dall'altro, troppo limitante a fronte dell'evoluzione del fenomeno terroristico che, come si è visto, è alimentato da atti di sostegno o appoggio a condotte criminali gravi e violente[555]. Tant'è che, tra le altre numerose misure di recente introdotte[556], la legge organica 7/2000 del 22 dicembre conferisce un nuovo contenuto all'art. 578 c.p., che passa a

[550] Il Codice penale spagnolo ha visto la luce recentemente, entrando in vigore nel 1995. Esso presenta una struttura democratica, riflessa, oltre che nei vari istituti disciplinati, nella sistemazione secondo il criterio della progressione ascendente dei beni giuridici. Per queste ragioni è stato definito «*Código penal de la democracia*». Sul punto, cfr., *ex multis*, J. M. SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.

[551] Nel precedente codice Zanardelli l'apologia era, invece, disciplinata nella parte generale del Codice penale.

[552] Sulla rilevanza dell'apologia nella tappa costituzionale precedente al vigente testo punitivo spagnolo cfr. B. DEL ROSAL BLASCO, *La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995*, in *Cuadernos de Política Criminal*, 58, 1996, 70 ss.

[553] Sul tema della rilevanza penale dell'apologia ai sensi dell'art. 18 c.p. e sulla necessità del carattere d'incitazione, la letteratura è amplissima. Tra i tanti, cfr. C. LAMARCA PÉREZ, *Apología: un residuo de incriminación de la disidencia*, in *La Ley penal*, 28, III, junio 2006; A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Apología del terrorismo*, in AA.VV., (a cura di), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, 554 ss.; R. REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Valencia, 1997, 129 e 130. Più in generale sull'anticipazione della tutela penale nel sistema spagnolo cfr. J. BARQUÍN SANZ-M. OLMEDO CARDENET, *Artículo 18*, in M. COBO DEL ROSAL (a cura di), *Comentarios al Código Penal,* T. I., Madrid, 1999, 896 ss.

[554] Sottolinea questo dato L. MARTINEZ GARAY-J. MIRA BENAVENT, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Valencia, 2011. Si evidenzia, tra l'altro, il numero estremamente vasto non solo di sentenze emesse in applicazione del tipo di cui all'art. 578 c.p. (a soli dieci anni dalla sua entrata in vigore), ma anche di misure cautelari adottate per prevenire delitti di apologia di terrorismo anche sulla base di indizi di futura commissione degli stessi.

[555] In questo senso, cfr. J. CAMPO MORENO, *El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores*, in *Diario La Ley*, 2001.

[556] Sul panorama legislativo in tema di delitti di terrorismo, in costante evoluzione, cfr. E. BOZA MORENO, *El delito de enaltecimiento terrorista como limite a la libertad de expresión*, in *Revista general de derecho penal*, 36, 2021, 18. Più in generale, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, 2010.

penalizzare con la reclusione da 1 a 2 anni, e insieme ad altre condotte, l'*enaltecimiento* e la giustificazione, attraverso qualsiasi mezzo di espressione pubblica o diffusione, dei delitti di terrorismo o di coloro che hanno partecipato alla loro esecuzione[557].

Si ripropone, in tal modo, la tradizionale polemica sulla tipizzazione penale dell'apologia e la tensione che questa origina con l'essenza del diritto penale democratico e con i diritti fondamentali alla libertà di espressione e al dissenso ideologico[558].

Nella sua formulazione originaria, il codice del 1995 non conteneva, infatti, nessun tipo penale relativo alla provocazione, incitazione o giustificazione dei delitti di terrorismo, rimanendo questi fatti sottoposti alle forme dell'apologia generica di cui all'art. 18 c.p. Il che implicava necessariamente che per la punizione di un discorso nel quale si esaltava un terrorista o le sue attività si doveva dimostrare un'incitazione diretta alla commissione di un delitto di terrorismo, vale a dire a utilizzare violenza contro beni e diritti altrui.

Rispetto a questo quadro, la novella del 2000 ha cambiato la fisionomia e i rapporti tra le fattispecie in materia. Più precisamente, sebbene, da una parte, sia evidente la sovrapposizione tra la definizione generale di apologia ed il primo dei tipi contenuti nell'art. 578 c.p., non è meno chiara la connessione con la provocazione a commettere delitti di terrorismo punita dall'art. 579 co. 1 c.p. con una pena distinta, e normalmente maggiore, di quanto prevede l'art. 578 c.p. Quanto detto obbliga a concludere che in questi due ultimi precetti non è sanzionata la medesima condotta, a meno che non si accetti di riscontrare una – inspiegabile – duplicazione normativa. In questo senso, allora, è plausibile che sia l'art. 579 c.p. a castigare, attraverso l'art. 18 c.p., l'apologia come atto preparatorio punibile e come specifica modalità di provocazione; mentre che l'art. 578 c.p. si caratterizzi per un contenuto d'offesa diverso, e decisamente minore[559].

Per comprendere quale sia l'oggetto del divieto penale di cui all'art. 578 c.p. – che già da questo primo dato sistematico pare attenere ad una condotta diversa da quella provocatoria e molto vicina a quella apologetica in senso stretto – e, conseguentemente, i suoi rapporti con la libertà di espressione è opportuno indagare, più nello specifico, la configurazione normativa del reato e la sua interpretazione giurisprudenziale.

Preliminarmente, va dato atto che l'art. 578 c.p. contempla due modalità di condotta autonomamente incriminate, assoggettate al medesimo trattamento sanzionatorio[560]. Affianco a fatti propriamente

---

[557] Sulla riforma cfr. J. BERNAL DEL CASTILLO, *Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre, de modificación del Código penal en materia de terrorismo*, in *Diario La Ley*, 2001, Ref. D-145.

[558] Sulla rinnovata rilevanza che il tema assume a fronte dell'apologia di terrorismo, confermata dalla frequenza con cui il delitto di cui all'art. 578 c.p. spagnolo rientra nelle pronunce giurisprudenziali, cfr. A. ALONSO RIMO, *Apologia, enaltecimiento del terrorismo y principios penales*, in *Revista de derecho pénale y criminología*, 3, 4, 2010.

[559] In questo senso, A. ALONSO RIMO, *op. cit.*, 17.

[560] Sulla irragionevolezza di tale assimilazione cfr., tra gli altri, E. BOZA MORENO, *El delito de enaltecimiento terrorista como limite a la libertad de expresión*, in *Revista general de derecho penal*, 36, 2021.

apologetici, sottoforma di *enaltecimiento* e giustificazione pubblica, sono puniti, infatti, anche l'umiliazione e il disprezzo delle vittime (o dei loro familiari) degli atti terroristici.

Queste ultime condotte hanno avuto un minore sviluppo giurisprudenziale e sui relativi tipi si è registrato un maggiore consenso della dottrina. Non si tratta, infatti, di fatti di apologia, essendo molto più vicini all'ingiuria, della quale rappresentano una forma aggravata e qualificata. Per l'effetto, il bene giuridico protetto è autonomo e afferisce ai valori individuali[561]. Piuttosto, può destare perplessità quell'orientamento interpretativo secondo cui la figura in esame può essere applicata all'autore delle condotte offensive a prescindere dalla circostanza che i soggetti eventualmente offesi siano morti anteriormente alla commissione dei fatti, o comunque si siano sentiti danneggiati dalle manifestazioni realizzate, e senza tener conto di eventuali denunce[562]. Sulla stessa scia, non si ritiene necessario l'accertamento di uno specifico *animus iniuriandi*, essendo sufficiente il dolo generico della presa di coscienza del carattere oggettivamente umiliante e vessatorio delle espressioni utilizzate[563].

Come si è anticipato, maggiori dubbi di legittimità costituzionale solleva l'autonoma incriminazione della giustificazione e dell'esaltazione del terrorismo[564]. Con questi tipi delittuosi, la lettera della legge si limita a punire condotte di elogio e esaltazione di autori o responsabili di matrice terroristica o degli atti delittuosi terroristici.

Gli elementi costitutivi dell'*enaltecimineto* del terrorismo sono stati indicati, per la prima volta, dal Tribunale Supremo nel 2007[565], e successivamente ribaditi dalla copiosa giurisprudenza che si è sviluppata sul reato[566]. Si tratta di tre requisiti di carattere oggettivo che consistono, rispettivamente: 1) nell'esistenza di alcune azioni o parole di giustificazione o esaltazione; 2) nella coincidenza dell'oggetto della giustificazione o dell'esaltazione con a) qualsiasi delle condotte definite come delitti di terrorismo dagli artt. 571 a 577 c.p.; b) qualsiasi delle persone che abbiano partecipato all'esecuzione di tali comportamenti, senza che sia necessario identificarle nello specifico (ben potendo configurarsi il reato anche nel caso di elogio ad un gruppo di autori); 3) nella realizzazione dell'azione per mezzo di qualsiasi mezzo di espressione pubblica o diffusione. Quanto al versante soggettivo, poi, il tipo criminoso in esame

---

561 Su tali profili cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, *Art. 578*, in QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS (a cura di), *Comentarios al Código Penal*. *Parte Especial (Artículos 319 a DF 7ª),* 5, 2008, 1153 e MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 2, Valencia, 2019, 897.

562 In questo senso, CARBONELL MATEU, *Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas "más allá de la provocación y la injuria",* in ALONSO RIMO ET AL. (a cura di), *Terrorismo, sistema penal y*
derechos fundamentales, cit., 344.

563 STS, 2 novembre 2016, n. 820 e STS, 15 dicembre 2016, n. 948.

564 CARBONELL MATEU, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1999, 1050 parla di «*institución de indefendible constitucionalidad*».

565 Il riferimento è a STS, 26 febbraio 2007, n. 149 che condannò a Iñaki de Juana Chaos per la pubblicazione di due articoli nel diario *Gara*, FD 5, con il quale l'autore elogiava la resistenza del collettivo dei prigionieri di ETA verso la prevista risocializzazione nelle carceri e attribuiva il loro successo al fatto che hanno «*el escudo de la razón*».

566 In dottrina, per una visione generale della recente giurisprudenza sul delitto in esame cfr. A. GALÁN MUÑOZ, *El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, 38, 275-292.

avrebbe una natura essenzialmente dolosa, richiedendosi la conoscenza e la volontà di realizzare l'azione tipica[567].

Così descritto, sembra che l'art. 578 c.p. rappresenti una forma specifica di mera apologia che, in quanto tale, sta fuori dal disposto dell'art. 18 c.p. La punizione di un atto o di un discorso, pubblicamente diffuso, nel quale si elogi o esalti una condotta terroristica o un suo autore, non rappresenterebbe niente di più che uno strumento – più o meno – nascosto per punire espressioni che non arrivano ad essere idonee alla provocazione di delitti[568].

A fronte di tale configurazione normativa, non sono mancati Autori che hanno sottostimato la novità legislativa. In linea con quanto era previsto prima della riforma, si è continuato a sostenere che ad essere sanzionate sono solo quelle condotte d'esaltazione e di giustificazione che risultino apologetiche – nel senso declinato dall'art. 18 c.p. – e, pertanto, costitutive di atti di provocazione e direttamente incitatorie alla commissione di concreti reati di terrorismo[569].

Questa possibile interpretazione, sebbene sia più in linea con i precetti costituzionali, non sembra però coerente – oltre, come si è detto, con il quadro sistematico dei delitti in materia di terrorismo (e in particolare, con l'art. 579 c.p.) – con il nuovo tenore letterale del reato, posto che nessuno degli elementi del tipo criminoso obbliga a limitare il suo possibile campo applicativo a quei fatti nei quali si realizzi un atto di incitamento espresso o diretto alla commissione di uno dei suddetti delitti.

La giurisprudenza di legittimità ha seguito quest'ultima ricostruzione, riconoscendo alla figura dell'art. 578 c.p. una fisionomia propria, distinta e diversa da quella dell'apologia *stricto sensu* dell'art. 18 c.p. La mancata presenza, tra gli elementi costitutivi, di una componente di incitazione rende, infatti, l'*enaltecimiento* una «apologia minore e generica, nella quale l'attività tipica è costituita dalla mera espressione elogiativa di atti terroristici e dei suoi autori»[570].

Sennonché, un'apologia autonoma e senza incitazione alla commissione di un delitto rischia di divenire, come è stato efficacemente rilevato, un «fantasma del diritto penale democratico»[571].

Del resto, siffatta configurazione normativa contrasta direttamente con la definizione del delitto di provocazione pubblica al terrorismo riconosciuta da due testi internazionali vincolanti per l'ordinamento spagnolo (così come per quello italiano). Dalla loro lettura congiunta e integrata risulta necessaria, sul versante oggettivo, un'incitazione, diretta o indiretta, alla commissione di un delitto di terrorismo; sul

---

[567] In questo senso si è espressa STS, 3 marzo 2010, n. 224, FD 3 e 5. Fanno riferimento al dolo specifico: STS 20 giugno 2007 n. 585, FD 8 e STS, 23 settembre 2008, n. 539, FD 3.

[568] In questo senso, GARRO CARRERA, *La libertad de expresión y la delimitación de sus contornos en la lucha contra el terrorismo*, in *Aplicación de la normativa antiterrorista*, 366 ss.

[569] In questo senso, NÚNEZ CASTAÑO, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Valencia, 2013, 170.

[570] In questo senso, STS, 3 marzo 2010 n. 224, FD 5. In dottrina cfr. G. ROLLNERT LIERN, *El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso de Juana Chaos a Cesar Strawberry. La Recepcion de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *Revista de derecho político*, 2020.

[571] L'espressione («*un fantasma recorre el derecho penal de la democracia*») è di VIVES ANTÒN, *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*, *in Estudios Penales y Criminológicos*, XXV, 2005, 399.

versante soggettivo, una intenzione o una finalità spiccatamente istigatoria; è richiesta, inoltre, la realizzazione di una situazione di rischio o pericolo di commissione di uno dei delitti di terrorismo.

Con riguardo all'art. 578 c.p., mancano del tutto gli elementi dell'incitazione e del rischio-pericolo che, come si è visto, non risultano recuperati neppure a livello giurisprudenziale. Tra l'altro, l'elemento soggettivo, sebbene possa essere ricondotto al dolo, non è inequivocabilmente presente nella misura in cui l'intenzione viene riferita alla condotta oggettiva di esaltazione o giustificazione e non implica una volontà a che i terzi destinatari della stessa commettano un atto terroristico[572].

Da qui, la necessità di un'interpretazione della fattispecie costituzionalmente orientata, posto che, al di là dei profili di responsabilità internazionale, l'*enaltecimiento* del terrorismo, costruito dal legislatore come vero e proprio reato di opinione, si pone in evidente tensione con i principi del diritto penale moderno e con la libera espressione.

La dottrina più attenta, infatti, ha tentato di ricondurre il reato, fin dalla sua introduzione, nei binari costituzionali, cercando di conciliare l'aspirazione a preservare i diritti fondamentali con la tendenza politico criminale opposta – ma non per questo meno meritevole – di non lasciare impunita l'apologia, specialmente in ambiti delittuosi come il terrorismo. In questa logica, si è individuato un parallelismo tra la condotta specificamente punita dall'art. 578 c.p., sottoforma di *enaltecimiento*, con quella di giustificazione del genocidio di cui all'art. 607.2 c.p., oggetto, come si è detto[573], di un'importante sentenza interpretativa del *Tribunal Constitucional* nel 2007[574]. Così, anche per le condotte di cui all'art. 578 c.p. sarebbe individuato in via interpretativa un ulteriore requisito: vale a dire l'incitamento indiretto alla commissione del delitto, che non colpisca la mera adesione psicologica a posizioni politiche di qualunque tipo.

Di recente, quest'ultima esegesi è stata fatta propria dallo stesso giudice delle leggi spagnolo che ha applicato la suddetta *doctrina* anche al tipo criminoso oggetto di analisi. La prima pronuncia del *Tribunal Constitucional* sul delitto di *enaltecimiento* è rappresenta dal ricorso *de amparo* proposto contro la sua condanna dal dirigente di *Herri Batasuna*, Tasio Erquizia[575].

---

[572] Così, G. ROLLNERT LIERN, *El enaltecimiento del terrorismo*, cit., 6.

[573] Il riferimento è alla già esaminata sentenza TC, 7 novembre 2007, n. 235 (*infra* par. 6.1).

[574] La soluzione si può già rinvenire in J. LANDA GOROSTIZA, *La llamada «mentira de Auschwitz» (art. 607.2 c.p.) y el «delito de provocación» (art. 510 CP) a la luz del «caso Varela»: una oportunidad perdida para la «cuestión de inconstitucionalidad» (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal n. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)*, in *Actualidad Penal*, 1999, 697.

[575] Il riferimento è a STC, 22 giugno 2016, n. 112. Il Tribunale rigetta il ricorso di *amparo* proposto da Tasio Erkizia Almandoz in relazione alle sentenze del *Tribunal Supremo* e dell'*Audiencia Nacional* che lo condannarono per il delitto di cui all'art. 578 c.p. a causa della sua partecipazione come principale oratore ad un atto commemorativo dell'assassinio di un dirigente dell'organizzazione terrorista ETA. Nello specifico, l'evento era stato pubblicizzato per mezzo di manifesti affissi nelle strade che riprendevano un testo a lui attribuito in cui si sottolineava che «*La lucha armada no nos gusta a nadie […]; a consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanza*». Nel suo discorso, si chiedeva, altresì, di scegliere «*el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático*». E ancora, durante la cerimonia, furono proiettate fotografie di membri incappucciati del gruppo terroristico alle grida «*¡Viva Argala!*». Il tributo, una volta concluso, fu oggetto di notizia in vari media.

Innanzitutto – in contraddizione con la già indicata giurisprudenza del *Tribunal Supremo* dell'apologia «*sin incitatiòn*» - viene sottolineata la similitudine strutturale dei tipi penali di *enaltecimiento* e negazionismo (art. 607, co. 1 lett. c c.p.), come base di partenza per ritenere che la particolare pericolosità di reati così odiosi e che mettono in pericolo l'essenza stessa della società permette, eccezionalmente, al legislatore penale di punire la giustificazione pubblica di tali delitti, sempre che, però, questa operi come incitazione indiretta alla sua commissione.

Riprendendo la giurisprudenza convenzionale in materia[576], si sostiene, altresì, che la considerazione del reato di cui all'art. 578 c.p. come una variante del discorso d'odio implica che la sua penalizzazione, per essere compatibile con la Costituzione oltre che con gli strumenti internazionali richiamati, debba essere subordinata alla realizzazione di un certo rischio per le persone, i diritti di terzi o per lo stesso sistema delle libertà[577]. Quest'ultimo, poi, è rapportato all'idoneità della condotta a creare un «clima favorevole al terrorismo e alla violenza».

Proprio in tale passaggio, però, la dottrina ha scorto alcuni profili di criticità della sentenza che finisce per accogliere e legittimare una incitazione indiretta dai tratti particolarmente generici. La Corte, inoltre, pur facendo riferimento alle circostanze concrete dei fatti, pare poi concludere nel senso che tutte le incitazioni alla violenza, per ciò solo, portano con sé l'elemento del rischio necessario a giustificare la sanzione penale[578].

Rispetto a tale interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 578 c.p., la giurisprudenza del Tribunale Supremo non si è sempre mostrata coerente, manifestando, anzi, numerose oscillazioni nella tipizzazione del reato come incitazione indiretta e intenzionata alla commissione di un delitto di terrorismo che faccia sorgere una situazione di rischio[579].

Innanzitutto, in molte pronunce il requisito dell'incitazione indiretta, nonostante sia richiamato nelle premesse di principio e nei fondamenti giuridici, viene, in concreto, trasfigurato nella mera attitudine, potenziale ed astratta, della condotta di elogio a generare il pericolo per i singoli o per la collettività[580].

Anche l'esigenza che la condotta incriminata produca una situazione di rischio di commissione di un atto terroristico, su cui la Corte fonda la legittimità costituzionale della fattispecie, è nella prassi applicativa depotenziata. Nella quasi totalità delle sentenze, il fatto che la manifestazione espressiva venga realizzata

---

[576] Il riferimento fondamentale della giurisprudenza convenzionale sull'incitazione al terrorismo è costituito da C. Edu, 2 ottobre 2008, *Leroy c. Francia*. Al riguardo cfr. G. ROLLNERT LIERN, *El enaltecimento*, cit., 250-252.

[577] La relazione tra discorso d'odio e situazione di rischio, in adesione alla *doctrina* di STC 235/2007, è sottolineata da G. ROLLNERT LIERN, *El enaltecimiento*, cit., 201 ss.

[578] G. TERUEL LOZANO, *Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 17, 2017, 10 sottolinea una incongruenza, implicita nella pronuncia, tra l'esigenza in astratto dell'idoneità lesiva e la conclusione che trae in concreto il *Tribunal* rispetto al ricorrente di *amparo*.

[579] Un'attenta analisi della giurisprudenza del Tribunale Supremo spagnolo nel recepimento della soluzione costituzionale è contenuta in E. ROLLNERT LIERN, *El enaltecimiento*, cit., 191 ss. Nel lavoro si sottolinea come la giurisprudenza di legittimità mostri una adesione più formale che sostanziale ai dicta del *Tribunal Constitucional*, secondo una logica assimilabile a quanto accade nell'ordinamento italiano e che si è descritta come espressione di una «fedeltà apparente» (*infra*, cap. 2, par 5.3).

[580] Così: STS 820/2016, FD 4; STS 948/2016 FD 2; STS 512/2017, FD 3.

nelle reti sociali non viene valutato solo ai fini dell'integrazione del requisito della pubblicità richiesto dall'art. 578 c.p., ma è utilizzato soprattutto per valorizzare l'impatto della diffusione pubblica del messaggio rispetto al rischio di provocare atti terroristici[581].

Di conseguenza, anche il rischio di commissione di atti terroristici, quale conseguenza della condotta di *enaltecimiento*, finisce per essere inteso in termini non concreti ma solo potenziali e di mera «attitudine»[582]. Si delinea, pertanto, sul profilo oggettivo, un delitto di pericolo presunto che punisce la contribuzione a generare o alimentare un determinato clima o atmosfera e non un influsso ad azioni terroristiche concrete[583].

Infine, per quel che riguarda l'elemento soggettivo del reato, anche se non direttamente affrontato dalla pronuncia dei giudici delle leggi, si registra un filone volto a considerarlo un requisito solo «tendenziale» della fattispecie, tra l'altro affievolito nella dimensione del dolo del tipo oggettivo e non della ben più pregnante intenzione di incitare alla commissione di un delitto di terrorismo[584].

L'esclusione espressa dell'intenzionalità nella descrizione della tipicità soggettiva del reato è stata recentemente rifiutata da una interessante pronuncia del *Tribunal Constitucional* che ha continuato l'opera di costruzione costituzionalmente orientata della fattispecie[585].

La pronuncia ha garantito il definitivo avallo alla necessità di considerare l'intenzione comunicativa dell'imputato, da valutare in relazione al contesto e alle circostanze dei messaggi emessi, nella sussunzione giudiziale del reato di *enaltecimiento*.

Più in generale, la Corte accoglie il *recurso de amparo*, sottoposto al suo vaglio, per violazione della libera espressione[586]. Riprendendo la propria giurisprudenza sul controllo di costituzionalità circa i limiti

---

[581] Così: STS 106/2015, FD 1; STS 106/2015, FD 1; STS, 706/2017. In particolare, STS, 7 febbraio 2019, n. 65 ritiene che «*la utilización de las redes sociales como instrumento de difusión de sus mensajes, posibilita un esparcimiento generalizado y permanente del ideario captatorio y, con ello, una mayor exposición colectiva al riesgo que el tipo penal trata de evitar*» (FD 10). In dottrina sui rapporti tra apologia di terrorismo e reti sociali cfr. G. TERUEL LOZANO, *Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo*, in *InDret,* 2018, *passim.*

[582] Così: STS 354/2017, FFDD 4 y 6 e STS 378/2017. In dottrina, sul tema J. MUÑOZ CUESTA, *Interpretación del enaltecimiento del terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541 de 18 de marzo*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, 8.

[583] Così: STS 52/2018 e Sts 646/2017. Quest'ultima pronuncia distingue tra il rischio esigibile nei delitti di odio *ex* art. 510 c.p. e nei delitti di cui agli artt. 578 e 579 c.p. Rispetto a questi ultimi il rischio è astratto e «*de aptitud*», anche se deve sorgere da espressioni di sufficiente serietà e gravità per generare un pericolo reale e certo di commissione di atti terroristici.

[584] Così: STS, 18 gennaio 2017, n. 4 che conferma la condanna del cantante Cesar Strawberry. Più attenta al recupero della rilevanza penale dell'intenzione o della finalità di chi elogi il terrorismo è STS 25 maggio 2017 n. 378.

[585] Il riferimento è a STC, 25 febbraio 2020, n. 35. Il Tribunale accoglie parzialmente il ricorso *de amparo* proposto da Cesar Strawberry, un noto cantante conosciuto soprattutto nelle reti sociali, rispetto alla sentenza della *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo* che lo condannò per il delitto di cui all'art. 578 c.p. a causa di una serie di espressioni pubblicate su *Twitter*. Tra tali messaggi si incontravano: «*el fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO*», «*Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina*», e «*cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco*».

[586] Sulla sentenza cfr. M. PRESNO LINERA, *Breves y apuradas consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que 'anula la condena del Tribunal Supremo al cantante Strawberry'*, in *Blog El derecho y el revés*, 2020; J. CORRECHER MIRA, *¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo*, in *Diario La Ley*, 9600; G. ROLLENERT, *El enaltecimiento*, cit., 215 ss.; E. BOZA MORENO, *El delito de enaltecimiento terrorista como limite a la libertad de expresion*, cit., 2021; E. NUÑEZ

a tale diritto, si ricorda che il giudice penale ha il dovere di valutare se la condotta incriminata costituisca o meno l'esercizio lecito della libertà. Nel caso di specie, invece, tale sindacato non era stato effettuato con la necessaria intensità, non essendosi vagliato se i messaggi espressi potessero essere interpretati alla stregua di opinioni politiche legittime o se, il contenuto e la finalità degli stessi, potesse farli considerare quale difesa di atti violenti contro l'ordine legale costituzionale. Neppure, si era preso in considerazione l'eventuale «*efecto desaliento*» che la condanna avrebbe potuto realizzare, dissuadendo dall'esercizio del diritto alla libera espressione[587].

Da ultimo, la centralità di tale diritto nell'interpretazione della fattispecie di cui all'art. 578 c.p. è stata ribadita a chiare lettere anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che nella sentenza *Erkizia Almandoz c. España* del 22 giugno 2021 considera che la condanna del ricorrente – oggetto come si è detto anche di ricorso davanti il *Tribunal Constitucional* – abbia violato la sua libertà di espressione tutelata dall'art. 10 Cedu.

Nello specifico, si è ritenuto che, alla luce del fatto che nessun incitamento diretto o indiretto alla violenza terroristica è stato provato e che il discorso del ricorrente sembrava piuttosto sostenere un modo democratico per raggiungere gli obiettivi politici della sinistra nazionalista, l'interferenza delle autorità pubbliche con il diritto alla libertà di espressione del ricorrente non può essere qualificata come «necessaria in una società democratica». Il bilanciamento tra il diritto di parola e la necessità di garantire il rispetto all'uguale dignità di tutti gli esseri umani ha condotto a tale risultato attraverso la valorizzazione dei criteri di forma, contesto ed effetto enucleati per individuare il discorso d'odio e declinati al caso di specie.

Anche il profilo della proporzionalità della limitazione è preso in considerazione dalla Corte che, nel ribadire che la pena detentiva è compatibile con la libera espressione solo in circostanze eccezionali, esclude che la condanna del ricorrente sia una misura in tal senso proporzionata.

4.1 Il reato di *sedición* nel *procés catalán* tra «*rebelión en pequeño*» e reato d'opinione politico

Nell'ordinamento giuridico spagnolo, il reato di *sedición* è presente in maniera costante da quando si ha notizia della sua regolazione, a dimostrazione del fatto che esso si inserisce perfettamente nella tradizione giuridica nazionale[588].

CASTAÑO, *Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo*, in *Revista general de derecho penal*, 36, 2021; A. VALERO HEREDIA, *La sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso Strawberry, un paso más, aunque no definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo*, in *Revista española de derecho constitucional*, 122, 2021, 367 ss.

[587] Sull'*efecto desaliento* della criminalizzazione delle opinioni cfr. *infra* cap. 4, par. 9.

[588] Nell'ordinamento italiano non vi è traccia di un siffatto reato, non equiparabile né alla radunata sediziosa (art. 655 c.p.) né all'incriminazione della devastazione e saccheggio (art. 419 c.p.).

Dopo la sua prima tipizzazione nel 1822 è stato mantenuto, infatti, in tutti i codici penali successivi fino al codice del 1995, in cui è posto in apertura dei *delitos contra el orden publico*[589]. Più precisamente, ai sensi dell'art. 544 c.p., la condotta incriminata consiste in una serie successiva e continua di atti, con i quali si insorge «pubblicamente e tumultuosamente» allo scopo specifico di «impedire, con la forza o al di fuori dei canali legali, l'applicazione delle leggi» o di ostacolare «qualsiasi autorità, corporazione ufficiale o pubblico ufficiale nel legittimo esercizio delle sue funzioni, nel rispetto dei suoi accordi, o delle risoluzioni amministrative o giudiziarie». Le pene detentive variano da otto a dieci anni per coloro che «hanno indotto, sostenuto o diretto la sedizione o vi sono apparsi come i principali autori», e fino a 15 anni di reclusione nei casi più gravi. Oltre alle pene detentive, è prevista una pena interdittiva per la durata di quella principale.

Il tipo penale in esame esige, per la sua integrazione, tre fondamentali requisiti oggettivi. Innanzitutto, è necessaria la produzione di un «*alzamiento publico e tumultario*». Quest'ultimo, poi, deve dirigersi ad impedire, con la forza o comunque fuori dalle vie legali, uno degli elementi indicati dalla norma. Inoltre, l'«alzamiento» non deve essere costitutivo del delitto di *rebelión*, e quindi non deve essere realizzato violentemente e pubblicamente per conseguire uno dei fini indicati dall'art. 472 c.p.

Tra tali requisiti, quello che ha generato un maggiore dibattito interpretativo è il carattere «*tumultario*» dell'«*alzamiento sedicioso*»[590]. Da un lato, infatti, è pacificamente accettato che l'azione di «*alzamiento*» consista in una rivolta o insurrezione e che farlo «pubblicamente» significhi in modo aperto, e esternalizzato. Dall'altro, invece, il significato del termine «*tumultuosamente*», incluso nella descrizione della condotta incriminata, non è affatto chiaro.

Si è sostenuto che questo termine è equivalente a «gregario, amorfo, caotico, anarchico e disordinato», anche se nulla impedisce, secondo l'opinione unanime, di integrare il «tumulto» richiesto nella descrizione del reato anche a fronte di insurrezioni organizzate e ordinate. In questo senso, l'espressione non aggiungerebbe nulla all'«*alzamiento publico*».

Cionondimeno, è precisato, altresì, che i termini legali «*alzamiento*» e «*tumultuariamente*» evocano l'indispensabile partecipazione di un numero considerevole di persone, anche se non è necessario che esse costituiscano una folla o una moltitudine. Così interpretato, quindi, il termine «tumultuosamente» si limiterebbe a ribadire il carattere collettivo della rivolta sediziosa, a sua volta implicito nella circostanza che la norma presuppone un soggetto attivo plurale («*los que*»). Si tratta, quindi, di un illecito plurisoggettivo c.d. «*de convergencia*»[591].

---

[589] Sul reato di *sedición* e i delitti contro l'ordine pubblico nell'ordinamento spagnolo cfr. J. BAUCELLS LLADÓS, *Sedición*, in J. CÓRDOBA RODA-M. GARCÍA ARÁN (a cura di) *Comentarios al Código penal,* II, Madrid-Barcelona, 2004, 2509 ss.

[590] Il dubbio ermeneutico è affrontato da una delle pochissime sentenze del Tribunale Supremo in merito al reato in esame (anche se in una formulazione diversa da quella del codice attuale): STS, Sala II, 10 ottobre 1980. La soluzione accolta dalla pronuncia è condivisa dalla dottrina maggioritaria in materia.

[591] In questo senso R. GARCIA ALBERO, *Sedición*, in AA.VV. *Comentarios al Código Penal Español*, II, 7, 2016, 1761-1762.

In buona sostanza, quindi, la sedizione può essere definita come quell'insurrezione o rivolta che viene portata avanti apertamente da una considerevole pluralità di persone per uno degli scopi dell'art. 544 c.p.
Da ciò emerge come la formulazione del tipo penale in questione risulti caratterizzata da un forte *deficit* di determinatezza. L'utilizzo, nella descrizione normativa, di termini come «*alzarse*», «*tumultos*», «*fuerza*», «*fuera de las vías legales*» rende la fattispecie particolarmente vaga, fino al punto che risulta difficile conoscere e prevedere con esattezza le condotte oggetto del divieto penale.
Tale operazione di concretizzazione non è stata effettuata neppure dal formante giurisprudenziale, posto che il *Tribunal Supremo* ha avuto modo di pronunciarsi sul reato di *sedición* in un numero limitatissimo di casi, a fronte del sostanziale disuso di tale fattispecie[592].
Gli interpreti hanno parlato di una vera e propria «*elasticidad*» e «*maleabilidad*» della *sedición*, con il rischio che la stessa si presti a esegesi incerte e contrarie a qualsiasi logica giuridica[593].
A tale insufficiente determinatezza e tassatività si aggiunga che, trattandosi di un reato a consumazione anticipata, per la sua integrazione non è necessario che l'impedimento tipizzato sia realmente realizzato, in tal modo sfumando sensibilmente la dimensione offensiva dei fatti puniti, come si è visto, con pene draconiane.
Quanto all'oggetto giuridico tutelato, la *sedición* costituisce uno degli strumenti penali ideati per garantire la stabilità dell'ordine politico imperante, come è inteso tradizionalmente e autoritativamente l'ordine pubblico[594].
Il profilo teleologico permette di chiarire anche i rapporti del delitto con le altre disposizioni incriminatrici, e in particolare con il reato di *rebelión*[595].
Un dato comune a molte ricostruzioni sulla fattispecie in esame, infatti, è la sua qualificazione come *rebelión en pequeño*[596]. Tale conclusione si spiega alla luce di diversi argomenti. Innanzitutto, in una prospettiva storica, la *sedición* è sempre stata ubicata dopo il delitto di *rebelión* sotto la rubrica dello stesso Titolo. Inoltre, i due reati presenterebbero una somiglianza strutturale, consistendo in insurrezioni volte a determinati fini, e, su questa base, condividono finanche l'applicazione di alcune disposizioni speciali. Infine, in questa direzione spingerebbe anche la clausola di sussidiarietà presente nell'art. 544 c.p.

---

[592] Oltre alla sentenza già citata, l'unica sentenza del *Tribunal Supremo* che si è pronunciata sull'art. 544 c.p., prima del recente processo catalano, è stata STS del 12 luglio 2005.
[593] Così: REBOLLO VARGAS, *Sedición* (delito de), in *Eunomía*, 17, 2019, 306 ss.
[594] Su questa considerazione del bene giuridico protetto dal reato di sedizione cfr. R. GARCÍA ALBERO, *Sedición*, cit., 1760. In generale sulle varie accezioni di ordine pubblico cfr. J.C. DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, 2002.
[595] Sul reato di ribellione e i suoi rapporti con la sedizione cfr., tra gli altri, REBOLLO VARGAS, *Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico*, in *Revista de Derecho penal y Criminología,* 19, 2018,
[596] Così, S. VIADA Y VILASECA, *El Código penal reformado de 1870*, Madrid, 4, II, 1890, 188. In proposito, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal,* 2, Madrid, 1966, 555 osserva: «*es casi un lugar común, en materia de sedición, recurrir a la frase de Viada y Vilaseca de que no es otra cosa que una rebelión en pequeño*».

Ad una più attenta analisi, però, va rilevato che l'equiparazione tra i reati non corrisponde alla struttura dell'attuale Codice penale. La collocazione sistematica nei delitti contro la Costituzione e l'apertura dei fini perseguiti dalla *rebelión* mettono in evidenza che tale delitto, costituisce, in definitiva, l'attacco più grave contro il sistema politico e istituzionale costituzionale, capace di generare una guerra civile. Al contrario, gli obiettivi che persegue la *sedición* sono privi di qualsiasi trascendenza politica. Piuttosto, l'assimilazione tra i due delitti è frutto di un'esegesi che, radicata nel passato, poteva giustificarsi in un'epoca nella quale il Codice penale anteriore riconosceva alle condotte sediziose un significato politico, rendendo intercambiabile l'ordine politico con l'ordine pubblico[597].

Di recente, la *sedición* è stata oggetto di nuova attenzione da parte degli interpreti. Questa riscoperta ermeneutica del reato, nell'ambito di un contesto ordinamentale propriamente democratico, si deve a due fattori principali. Da un lato, la nuova politica dell'ordine pubblico ha plasmato la riforma dei reati di *resistencia*, *desobediencia* e *desordenes publicos* del 2015 che, seppure non abbia toccato la fattispecie in esame, ha introdotto nel diritto amministrativo sanzionatorio una condotta ad essa molto simile, la cui differenza consiste nella possibilità di realizzazione attraverso qualsiasi atto ostruzionista e non necessariamente mediante l'«*alzamiento publico y tumultario*»[598]. Dall'altro lato, è stata significativa in questo senso la gestione del conflitto separatista catalano come problema di ordine pubblico[599].

Senza voler entrare nel merito della controversa e complessa questione politica e giuridica, ai fini del presente lavoro è interessante comprendere come la condanna per il reato di *sedición* nel processo che ne è seguito si sia rapportata con la libertà di espressione e, quindi, se, in ultima istanza, l'interpretazione giudiziale di tale delitto, anche a dispetto del suo tenore letterale, lo trasfiguri come reato di opinione di matrice politica[600].

---

[597] In questo senso, J.C. SANDOVAL, *La política de orden público y el delito de sedición*, in *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, 75, 2017,

[598] Il riferimento è alla *Ley Orgánica* 4/2015 in tema di *Protección de la Seguridad Ciudadana*.

[599] Il riferimento è ai fatti accaduti in *Cataluña* connessi al *referendum* indipendentista del 1 ottobre 2017, poi dichiarato incostituzionale. Si tratta di una vicenda complessa che, legata all'attività politica, ha generato una seria tensione sociale. Tra febbraio e giugno 2019 si è tenuto il processo (conosciuto come *juicio del procés*), instaurato per iniziativa della *fiscalía del Estado*, dell'avvocatura dello Stato e anche, quale accusa popolare, dagli avvocati del *partido VOX*. La sentenza è stata emessa dal *Tribunal Supremo de España* nell'ottobre dello stesso anno, condannando 12 *leader* dell'iniziativa pro-indipendenza, politici ma anche esponenti della società civile, a una pena compresa tra i 9 e i 13 anni di reclusione per i reati di *sedición, malversación e desobediencia*, ritenendo non integrati i reati di *rebelión* e organizzazione criminale originariamente contestati dall'accusa. In dottrina, sui risvolti penalistici della vicenda cfr. J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña*, in *La Ley,* 9061, 2017, *passim*.

[600] Sulle criticità dell'applicazione del delitto di *sedición* nella vicenda catalana, anche con riguardo alla libertà di espressione cfr.: GARCÍA RIVAS, *Rebelión y sedición en la STS 459/2019: razones para una legítima discrepancia*, in *La sentencia del procés: una aproximación académica*, Barcelona, 2020; MUÑOZ-FRANCISCO, *El delito de sedición, protagonista del debate jurídico de la sentencia del procés: comentario a STS 459/2019*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10, 2019, 205 ss.; REBOLLO VARGAS, *Sedición* (delito de), cit., 17, 2019, 299 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre los delitos de rebelión, sedición y desobediencia en la STS 459/2019*, in *Teoría y Derecho*, 26, 2019, 48 ss. Sul punto, sono interessanti anche le riflessioni di J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *¿Es competente la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de rebelión y de [algunos de] los delitos de sedición?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 19, 2017.

Tra le fattispecie contestate e oggetto di condanna nell'ambito del *juicio del procés* è stato inserito, infatti, anche il delitto di *sedición*, ravvisato dal Tribunale Supremo in luogo dell'originaria contestazione rappresentata dal più grave reato di *rebelión*.

Interessanti sono, innanzitutto, le argomentazioni svolte sull'art. 472 c.p., che, come si è detto, punisce coloro che si sollevano violentemente e pubblicamente per raggiungere determinati fini, uno dei quali è appunto «la dichiarazione di indipendenza di una parte del territorio nazionali». Il Tribunale ha chiarito che non basta che sussistano episodi indiscutibili di violenza per ritenere che i fatti costituiscono il crimine di ribellione. Piuttosto, la violenza deve essere direttamente preordinata, senza passaggi intermedi, ai fini che animano l'azione dei ribelli. Nel caso di specie, i giudici della Corte Suprema hanno escluso il reato di ribellione che richiede atti in grado di mettere a rischio la Costituzione in modo reale e non una mera *ensoñación* (un mero sogno ad occhi aperti) dell'autore, dato che lo Stato aveva mezzi legali e materiali sufficienti per «rendere le rivolte innocue».

La dottrina ha sottolineato come l'applicazione ai fatti in esame della *sedición* dimostri plasticamente il rilevato *deficit* di determinatezza di una fattispecie che finisce per divenire oggetto di esegesi manipolabili in via giudiziale e in palese contrasto con la *littera legis*.

Portando alle conseguenze estreme tale riflessione, si è sostenuto che il delitto, per come formulato, rischia di porsi in tensione con l'esercizio del diritto di riunione e soprattutto, con la libertà di espressione, rappresentando, per via ermeneutica, un vero e proprio reato di opinione di matrice politica.

Tali perplessità sono state sollevate anche dal Consiglio d'Europa che, nella risoluzione n. 2381 del 2021, invita le autorità spagnole ad aggiornare e restringere la condotta punita dal reato in questione, sottolineando che quest'ultimo, introdotto in risposta ai frequenti tentativi di presa di potere militare del passato, è più difficilmente applicabile agli organizzatori di manifestazioni pacifiche[601]. Pur rispettando pienamente l'ordine costituzionale della Spagna, l'Assemblea manifesta criticità sul *juicio del procés* perché diversi politici catalani – non solo di alto livello – sono stati perseguiti e infine condannati a lunghe pene detentive per dichiarazioni fatte nell'esercizio del loro mandato politico, a sostegno del *referendum* incostituzionale sull'indipendenza della Catalogna dell'ottobre 2017, nonché per aver invitato a partecipare alle proteste di massa che hanno circondato l'evento.

Sul punto, si osserva che la Spagna rientra tra le *living democracies*, caratterizzate da una cultura del dibattito pubblico libera e aperta, in cui la semplice espressione di opinioni pro-indipendenza non può essere motivo per l'azione penale. Invero, tutti i cittadini, ed in particolare i politici, hanno il diritto di fare proposte la cui attuazione richiederebbe modifiche alla Costituzione, ivi compresi mutamenti dello *status* giuridico e dei poteri delle entità territoriali ai fini di autonomia o, addirittura, di indipendenza. Si tratta di una esplicazione significativa delle libertà di espressione e di associazione che vanno riconosciute senza

[601] Il riferimento è alla risoluzione n. 2381 del 21 giugno emessa dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (*Should politicians be prosecuted for statements made in the exercise of their mandate?*).

discriminazioni, come stabilito dagli artt. 5 e 14 Cedu, purché i mezzi sostenuti siano pacifici, non violenti e legali e gli obiettivi non siano contrari ai principi fondamentali della democrazia e dei diritti umani. Orbene, a giudizio dell'istituzione convenzionale, i politici, detenuti per aver fatto dichiarazioni nell'esercizio del loro mandato politico, pur avendo rispettato i limiti delle libertà suddette, rientrano tra i c.d. prigionieri politici (*political prisoner* o *presos políticos*).

Rispetto alla vicenda in esame, il Consiglio d'Europa ritiene incontestabile che nessuno dei soggetti condannati abbia incitato alla violenza, preoccupandosi, anzi, di invitare i manifestanti ad astenersi da qualsiasi atto violento. Conseguentemente, il Consiglio ritiene opportuno avviare un dialogo aperto e costruttivo con tutte le forze politiche della Catalogna, al fine di rafforzare la qualità della democrazia spagnola secondo le regole dello Stato di diritto, il buon governo e il rispetto dei diritti umani, in modo da raggiungere un compromesso che, senza ricorrere al diritto penale, permetta alla Spagna – una forte democrazia europea – di risolvere le differenze politiche, anche su questioni delicate. Obiettivo quest'ultimo pienamente compatibile con l'esigenza di utilità pubblica sottesa al provvedimento di indulto concesso dal Governo spagnolo e richiesto alle autorità spagnole anche dal Consiglio d'Europa ("*consider pardoning*")[602].

Sennonché, il *vulnus* al principio di legalità e la conseguente restrizione ingiustificata della libera espressione sono stati ridimensionati dalla giurisprudenza costituzionale spagnola.

Il *Tribunal Constitucional*, investito della questione con i numerosi *recursos de amparo* proposti dai condannati nel *juicio del procés catalano*, ha ritenuto che il tipo penale contenuto nell'art. 544 c.p. non soffra di una imprecisione congenita che impedisce di conoscere in anticipo le condotte punibili[603].

---

[602] Si tenga presente che il 22 giugno 2021, il governo, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, ha applicato l'indulto a tutti i condannati a seguito del *juicio del procés catalán*, con la conseguente immediata scarcerazione dei nove soggetti che si trovavano in regime di detenzione carceraria. Sono rimaste ferme, invece, le pene accessorie interdittive che impediranno ai soggetti di ricoprire incarichi pubblici. La decisione sulla clemenza è stata il risultato di un tentativo di compromesso politico che, sul presupposto dell'utilità pubblica e della pace sociale, ha individuato nell'esercizio del diritto di grazia la possibilità più immediata per porre fine al contesto di tensione generato dalla vicenda e dalle condanne comminate dal Tribunale Supremo. La concessione dell'indulto nella vicenda in esame è stata ampiamente avversata da una parta considerevole della dottrina spagnola (e dal *Tribunal sentenciador*, come risulta dal parere negativo fornito) che ha ravvisato nell'atto del Governo una forma occulta di indulto generale, incompatibile con il dettato costituzionale. In dottrina, in generale sulla compatibilitá dell'indulto spagnolo con i delitti politici cfr., *ex multis*, FÉLIX M. PEDREIRA GONZÁLEZ*, La amnistía, el indulto y los denominados "delitos políticos"*, in *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo,* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2020, 519-532. Nello specifico, sul provvedimento di indulto connesso ai separatisti catalani DE JAVIER, *Concordia discors. Una interpretación sobre los indultos a los políticos catalanes en prisión*, in *Teoría y Derecho*, 29, 2021, 280-293.

[603] Il *Tribunal Constitucional*, con sentenza n. 91 del 22 aprile 2021, ha respinto il *recurso de amparo* proposto contro la condanna per sedizione da parte di Jordi Turull, analizzando e ritenendo non sussistenti tutte le presunte violazioni dei diritti fondamentali lamentate. La posizione espressa in tale pronuncia, quindi, è stata seguita anche nei successivi *recursos de amparo*, proposti anche dal resto dei soggetti condannati dalla Corte suprema per aspetti specifici di uguale rilevanza. La prima sentenza (STC 91/2021 "caso *Jordi Turull*") può leggersi in http://hjtc.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26681. Le altre pronunce, finora decise, che seguono il medesimo orientamento sono: STC 106/2021 "caso *Josep Rull*"; STC 121/2021 "caso *Jordi Sánchez*"; STC 122/2021 "caso Jordi Cuixart"; STC 184/2021 "caso *Carme Forcadell Lluis*". Le sentenze nn. 121 e 122 del 2021 risultano particolarmente interessanti quanto alla supposta violazione dei diritti fondamentali, e nello specifico della libertà di espressione, perché hanno ad oggetto due soggetti non appartenenti al mondo della politica ma presidenti di

Piuttosto, la sua struttura tipica definisce il comportamento vietato attraverso termini comprensibili e che appartengono al linguaggio comune, indicando le azioni incriminate e le finalità da perseguire. Ciò che è veramente rilevante, ai fini dell'integrazione del delitto, è l'opposizione alle azioni delle autorità o corporazioni che agiscono in applicazione della legge, al fine di impedire l'esecuzione delle decisioni amministrative o giudiziarie.

Ne consegue che in nessun caso la responsabilità penale *ex* art. 544 c.p. può nascere dalla diffusione di opinioni e dottrine contrarie allo statuto costituzionale o dal propugnare il superamento del quadro politico attuale, essendo oggetto del divieto penale la dissoluzione materiale del patto costituzionale.

Nel caso di specie, dunque, la sanzione penale costituisce la reazione alla creazione, mediante leggi «in aperto e ostinato disprezzo delle esigenze costituzionali», di una legalità parallela di natura costituente e alla mobilitazione dei cittadini per opporsi all'esecuzione delle legittime decisioni dell'autorità giudiziaria, tenendo un *referendum* dichiarato illegale dalla Corte costituzionale e dall'Alta Corte di Giustizia della Catalogna, quale atto prodromico alla rottura con lo Stato. Ne deriva – ad avviso dei giudici delle leggi – che nessuna limitazione ingiustificata della libera espressione può essere configurata, con conseguente impossibilità di annoverare i condannati tra i c.d. prigionieri politici.

La questione sulla reale natura del reato di *sedición* resta, però, ancora aperta, essendo molteplici i dubbi di legittimità costituzionale di una «clausola penale di chiusura di tutto l'ordinamento costituzionale democratico»[604] che, come si è visto, applicata in assenza di atti violenti, rischia di rappresentare una ingiustificata e sproporzionata limitazione di libertà fondamentali, tra le quali anche la libera espressione[605].

Per queste ragioni, la dottrina più attenta propone di ravvisare anche nella struttura del reato in esame la violenza dell'insurrezione, diretta ai fini specificamente indicati dall'art. 544 c.p.[606] Altrimenti, la tutela dell'ordine pubblico per mezzo della *sedición* rischia di interferire irrimediabilmente con la protezione dell'uso legittimo degli spazi e dei discorsi pubblici, secondo una logica molto vicina a quella dei reati di opinione di matrice politica.

---

organizzazioni dalla società civile. La sentenza n. 184/2021 contiene anche una riflessione interessante sull'*efecto desaliento* derivante dalla condanna (*infra* cap. 4 par. 9).

[604] Si esprime in questi termini, J.C. SANDOVAL, *La política de orden público y el delito de sedición*, cit., 42.

[605] Sul tema delle limitazioni penalistiche alla libertà di espressione nei delitti contro l'ordine pubblico, con particolare riguardo al profilo della proporzionalità della pena, cfr. C. Edu, 15 maggio 2014, caso *Taranenko c. Russia*, §§ 68 y ss. La decisione ha ritenuto che il lungo periodo di carcerazione preventiva e la severità delle condanne imposte per manifestazioni politiche non violente avrebbe potuto provocare un effetto dissuasorio inammissibile nell'esercizio delle libertà fondamentali. Sul punto cfr. D. COLOMER BEA, *La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales*, cit., che, partendo da tale pronuncia, vede nel *deficit* di determinatezza del reato di *sedición* un esempio emblematico di *efecto desaliento*.

[606] Così: J.M. SÁNCHEZ TOMAS, *La violencia en el Derecho penal,* Barcelona, 1999.

SEZIONE II

IL MODELLO PERSONALISTICO DEI REATI DI OPINIONE: UNO STRUMENTO DI IMPLEMENTAZIONE DELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

5. La rilevanza penale dei discorsi d'odio: la costruzione dell'impalcatura repressiva e l'*input* sovranazionale. – 5.1. *Il nuovo titolo dei delitti contro l'eguaglianza e la presa di posizione sul bene giuridico protetto: una discutibile progressione criminosa*. – 5.2. *La difficile selezione dei discorsi d'odio offensivi e il formante giurisprudenziale*. – 5.3. *Le nuove istanze di criminalizzazione: dalla tutela del razzismo biologico alla centralità del razzismo culturale*. – 5.4. *Le iniziative legislative sulla rilevanza penale dei discorsi di matrice omofobica.– 5.5. L'esperienza spagnola: l'art. 510 c.p. come archetipo dei delitos de odio (anche omofobico).* – **6.** L'aggravante del negazionismo tra tutela della memoria-dignità e reato di opinione. – 6.1. *L'esperienza spagnola: la posizione del Tribunal Constitucional sulla differenza tra negare e giustificare e la nuova fattispecie legislativa di negazionismo.* – **7.** L'incerta natura dei reati di opinione in materia di pedofilia o pedopornografia.

5. La rilevanza penale dei discorsi d'odio: la costruzione dell'impalcatura repressiva e l'*input* sovranazionale

Sebbene si tratta di un termine molto diffuso, anche in ambito giuridico, l'*hate speech* non è ad oggi oggetto di una descrizione universalmente condivisa[607].

Il fenomeno non è nuovo e ripropone il rapporto di emarginazione e subordinazione esistente nei confronti di talune classi di persone, contrassegnate nel contesto storico-sociale di appartenenza da una qualche ragione minorante. Secondo un'operazione di sintesi, elaborata in riferimento al "discorso razzista", ma applicabile in genere a tutte le categorie potenziali destinatarie di parole odiose, si tratta di quel «discorso finalizzato a promuovere odio nei confronti di certi individui o gruppi, impegnando epiteti che detonano disprezzo nei confronti di quel gruppo a causa della sua connotazione razziale, etnica, religiosa, culturale o di genere»[608].

A fronte di conseguenze potenzialmente nefaste per la collettività e per l'individuo, soprattutto nel contesto di una società democratica e pluralista[609], in più occasioni è stato sollecitato l'intervento del

[607] Secondo V. NARDI, *I discorsi d'odio*, cit., 1, tra i diversi testi normativi che vi fanno riferimento più o meno direttamente, un tentativo di darne una definizione istituzionale può rinvenirsi soltanto nella raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 1997.

[608] Così, G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, 11, 287 ss.

[609] Sui danni conseguenti ai discorsi d'odio e al rapporto tra questi ultimi e i crimini d'odio cfr., *ex multis*, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 161 ss.; A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, Torino, 2013 67 ss.; A. SPENA, *La parola*, cit., 596 ss.; G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 11, 297 ss.; M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, 103 ss.; L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 203 ss.; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronti*, Milano, 2018. Gli Autori citati fanno riferimento, in massima parte, alla *Critical Race Theory* sviluppatasi in Nord America, secondo cui il discorso d'odio è idoneo a determinare danni non solo ove sfoci in atti di aggressione fisica ma anche in quanto tale, producendo un gran numero di conseguenze nefaste su scala sia individuale, di tipo psichico o alla vita di relazione, che sociale (c.d. *silencing effect*, ossia privazione del diritto degli appartenenti ad un determinato gruppo di far parte in via paritaria e affidabile ai discorsi pubblici). Accentua la de-umanizzazione come conseguenza della de-legittimazione immanente nei discorsi

legislatore penale, specie da fonti e istituzioni internazionali, particolarmente sensibili all'obiettivo di garantire l'uguaglianza tra i cittadini e la libertà da qualsiasi forma di discriminazione.

Quanto al sistema italiano, il primo provvedimento con cui il legislatore ha cercato di reprimere le condotte discriminatorie è rappresentato dalla c.d. legge Scelba (n. 645/52), promulgata per attuare la XII disp. trans. e fin. Cost. A ben vedere, però, il divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista (art. 1) e l'apologia di fascismo (art. 4, co. 2) assegnano un rilievo solo mediato al fattore razziale, inteso come forma di manifestazione delle "finalità antidemocratiche proprie del partito fascista". Il fulcro della tutela è dunque precipuamente rappresentato dalla tranquillità sociale, come lascia anche intuire il titolo della novella "disposizioni a tutela dell'ordine pubblico"[610].

È necessario attendere la l. n. 654/1975, esecutiva della Convenzione di New York delle Nazioni Unite sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, e le modifiche introdotte con le l. n. 205/1993 (c.d. legge Mancino) e n. 85/2006 (in materia di reati di opinione), affinché la discriminazione e il discorso d'odio ad essa connessa diventi per il diritto interno fatto *ex se* penalmente rilevante[611]. Da ultimo, la fattispecie, per effetto della c.d. riserva di codice, è stata innestata nel Codice penale (art. 604 *bis* c.p.), a testimonianza di una nuova centralità assunta dal fenomeno.

Si procederà a ripercorrere brevemente l'evoluzione normativa che ha caratterizzato tali figure criminose che rappresentano l'armamentario italiano per dare rilevanza al fenomeno dei discorsi d'odio, dimostrando che, nonostante le continue modifiche, esse hanno mantenuto alcuni tratti peculiari che guidano la discussione[612].

Preliminarmente, va rilevato come l'interesse italiano al tema dei discorsi d'odio sia stato la conseguenza della grande attenzione al tema sviluppatosi a livello internazionale. In questa direzione, un ruolo fondamentale è stato assunto, oltre che dalla solenne proclamazione dell'uguaglianza e della dignità da parte degli art. 1 e 2 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e dall'art. 20 Pidcp, dalla già

---

d'odio, prodromici a veri e propri crimini d'odio A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 3, 71 ss.

[610] Cfr. G. PUGLISI, *Discriminazione razziale. Sulla compatibilità tra provocazione e finalità di odio razziale: glosse* de iure condendo, in *Giur. it.*, 5, 2018, 1189.

[611] In precedenza, infatti, nazionalità, etnia, razza e religione venivano sì presi in considerazione dalla L. n. 962/1967, esecutiva della Convenzione ONU per la prevenzione e repressione del genocidio, ma pur sempre nel contesto di incriminazioni primariamente volte a reprimere altri fenomeni. Sulla novella v. G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. n. 122/93 conv. con modifiche dalla l. n. 205/93*, in *Leg. Pen.*, 1994, 174 ss.

[612] In proposito, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., sottolinea che la nuova centralità assunta dalla norma è, in realtà, frutto dell'attenzione mediatica e politica che le è stata riservata negli ultimi anni, a testimonianza della sua forte componente evocativa e simbolica. Per una panoramica del quadro normativo complessivo, prima della riforma del 2018, tra gli altri: S. RIONDATO, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, 32 ss.; G. PAVICH-A. BONIMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulle possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *Dir. pen. cont.*, ottobre 2014; L. PICOTTI, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. merito*, 2006, 1966 ss.; C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, 191 ss. Nella manualistica, M. LA ROSA, *Tutela della pari dignità: norme antidiscriminazione*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Tutela della persona*, I, II, Torino, 2014, 369 ss.

menzionata Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (ICERD), firmata a New York nel 1966 e attuata in Italia, appunto, con la L. Reale del 1975[613].

L'art. 3 di quest'ultima legge ha introdotto nel nostro ordinamento autonome fattispecie di reato caratterizzate dalla matrice razzista. Nella sua formulazione originaria, si puniva con la reclusione da uno a quattro anni, salvo che il fatto costituisse più grave reato, (lett. a) "chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale", ovvero (lett. b) "chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti a un gruppo nazionale, etnico o razziale".

Un più penetrante intervento legislativo a carattere antidiscriminatorio si è avuto con la l. del 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. legge Mancino), recante "Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa". La novella si è posta nella direzione di una attenuazione del trattamento sanzionatorio, attraverso una modifica verso il basso delle cornici edittali. In particolare, si distinguono le condotte di mera "diffusione delle idee" e di mero "incitamento alla discriminazione", punite con pena meno elevata, da quelle di incitamento alla violenza, o violenza, o provocazione alla violenza, punite più gravemente.

Si è inoltre dato rilievo alla discriminazione per motivi religiosi, cosicché anche l'odio religioso e i relativi crimini sono oggi puniti in accordo a tale disciplina[614]. La legge del 1993 ha previsto, altresì, una modifica per la quale viene punita più lievemente la costituzione di organizzazioni o associazioni con le finalità di cui sopra. Soprattutto, la legge in parola si segnala per aver introdotto, all'art. 3, la c.d. aggravante dell'odio razziale (etnico, nazionale, religioso) che, stante la sua natura comune, è applicabile a ogni tipologia criminosa. Dal punto di vista sanzionatorio, infine, sono contemplate una serie di pene accessorie. I commi 1-*bis* e ss. dell'art. 1 prevedono infatti, significativamente, sanzioni con evidente finalità rieducativa, tra le quali spicca il lavoro a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità[615].

Su tale articolato impianto antidiscriminatorio, si innesta nel 2006 la già menzionata riforma dei reati di opinione. Tra i diversi interventi – dei quali non si è mancato di sottolineare la contraddittorietà e insufficienza – si è prevista un'ulteriore diminuzione della pena (che ora è alternativa: reclusione fino a un anno e sei mesi, oppure multa fino ad euro 6.000) e una modificazione dei termini della condotta penalmente rilevante. È punito non più chi "diffonde in qualsiasi modo", ma chi "propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico"; non più chi "incita", ma chi "istiga a commettere o

[613] È significativo rilevare come l'impegno dell'Italia che, all'atto della firma della Convenzione, si preoccupò di sottolineare che le misure richieste non avrebbero comunque potuto mettere a repentaglio il diritto alla libertà di opinione e di espressione rimase sostanzialmente lettera morta. Sul punto v. le riflessioni, in realtà in relazione alle modifiche intervenute nel 1993, di L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. Dir.*, 1994, 14 che sottolinea la valenza eminentemente simbolica del nuovo precetto..

[614] Su tale evoluzione, v. G. PAVICH-A. BONOMI, *op. cit.*, 2 ss. e F. BASILE, *Ti odio, "in nome di Dio",* 3 ss.

[615] Sulla rilevanza delle pene accessorie contemplate in questa disposizione, anche in una prospettiva *de jure condendo*, *infra* cap. 4, par. 7.1.

commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi", nonché alla lett. b), chi "istiga" anziché chi "incita" a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza.
L'obiettivo era una riscrittura in senso restrittivo delle condotte punite. Tuttavia, come si è già sottolineato (*infra* cap. 2 par. 5.2), gli esiti sono stati maldestri, nella misura in cui la dottrina e allo stesso tempo la giurisprudenza hanno evidenziato l'impossibilità di selezionare l'area del penalmente rilevante sulla base di termini che restano ampi e difficilmente circoscrivibili[616].
Nel frattempo, il divieto di discriminazione e il contrasto – anche penale – ai discorsi d'odio assume un ruolo sempre più centrale nell'ambito delle politiche internazionali, anche nel contesto strettamente europeo. Ai principi affermati dall'art. 14 Cedu e dall'art. 21 Cdfue si accompagnano, da un lato, progetti di studio, comprensione e sensibilizzazione sul fenomeno[617] e, dall'altro, interventi a carattere più strettamente normativo intesi a prospettare forme specifiche di disciplina. Merita, qui, ricordare, oltre alle iniziative promesse in ambito convenzionale[618], la già menzionata Decisione Quadro del 2008 con cui l'Unione Europea ha contribuito, in massima parte, alla perimetrazione delle condotte di *hate speech* nel nostro ordinamento[619].
Facendo eco agli *input* sovranazionali, innanzitutto, per effetto della l. n. 115/2016, è stata introdotta l'ipotesi del negazionismo, poi ulteriormente ampliata alla criminalizzazione della minimizzazione grossolana e dell'apologia.
Il legislatore, dunque, ha inserito all'interno del Libro II, Titolo XII, Capo III del codice una Sezione I *bis* dedicata ai Delitti contro l'uguaglianza, in cui è stato introdotto – nel nuovo art. 604 *bis* c.p. – il reato di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione, razziale, etnica e religiosa, punito in via sussidiaria rispetto ad altri eventuali più gravi reati.

5.1 Il nuovo titolo dei delitti contro l'eguaglianza e la presa di posizione sul bene giuridico protetto: una discutibile progressione criminosa

Come si è anticipato, il legislatore, nell'intento di tutelare l'uguaglianza e la dignità della persona umana, ha avviato un percorso legislativo molto significativo, il cui epilogo è costituito dall'introduzione dei delitti contro l'uguaglianza, in cui si collocano sistematicamente anche le fattispecie d'opinione d'istigazione e propaganda discriminatoria.

[616] Sul punto la giurisprudenza ha sostenuto che vi è continuità normativa tra il testo anteriore alle modifiche *ex* l. 85/2006 e quello successivo (Cass., Sez. I, 16 febbraio 2016, n. 34713, in *Riv. Pen*., 2016, 10, 895 ss.)
[617] Su tali iniziative v. A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 344 che fa riferimento, a titolo esemplificativo, all'istituzione dell'*European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI) operativa dal 1994 nell'ambito del Consiglio d'Europa.
[618] Il riferimento è alla Raccomandazione 97(20) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul discorso d'odio e il Protocollo addizionale alla Convenzione sul *Cyber-crime*, entrato in vigore nel 2006 a livello internazionale.
[619] Analogamente, sempre in sede europea, è stata adottata la Dir. 2012/29/EU, la quale contiene previsioni che riconoscono gli speciali bisogni delle vittime di crimini d'odio e la tutela che esse devono ricevere (art. 22).

L'inedita collocazione topografica ha dato delucidazioni importanti con riguardo alla controversa individuazione del bene giuridico protetto da tali peculiari delitti d'opinione.

Nell'impostazione originaria della legge del 1975, infatti, era accordato un rilievo primario alla tutela dell'ordine pubblico. La ricostruzione era stata indotta anche dalla scelta legislative della tipologia di condotte perseguibili per via dell'utilizzo dei termini istigazione e propaganda, tradizionalmente inquadrate nell'ambito dei reati di opinione di matrice politica.

A ben vedere, però, già con l'entrata in vigore della Legge Mancino del 1993, la dottrina prevalente aveva individuato, quale oggettività giuridiche tutelate, la dignità umana e l'uguaglianza[620], secondo una prospettiva confermata anche dalla giurisprudenza[621]: soluzione – questa – rafforzatasi alla luce dell'attuale sistemazione normativa.

Il "nuovo" sistema dei delitti contro l'uguaglianza è strutturato, per effetto dei continui innesti normativi che lo riguardano, assecondando una sorta di progressione criminosa.

In primo luogo, rileva l'aggravante di cui all'art. 604 *ter* c.p. che può trovare applicazione per qualunque reato commesso per finalità discriminatoria in modo tale da realizzare una tutela completa[622].

In secondo luogo, viene in gioco la "violenza" per motivi discriminatori prevista dalla lettera b) del primo comma dell'art. 604 *bis* c.p. («commette violenza») e punita con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

In terzo luogo, assumono rilevanza gli «atti di discriminazione» previsti dalla lettera a) del primo comma dell'art. 604 bis c.p. («commette atti discriminazione») e puniti con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa.

All'ultimo stadio della tutela penale dell'uguaglianza – sottoforma di veri e propri reati di opinione – entrano in gioco comportamenti obiettivamente discriminatori ma solo di istigazione alla loro commissione, che il legislatore poi distingue a seconda che l'istigazione sia alla «violenza» o agli «atti», punendo l'istigazione rispettivamente con la medesima pena prevista per i comportamenti discriminatori (art. 604 *bis*, primo comma, lett. a e b).

Ma vi è di più. La "matrice ideologica" mette in mostra tutta la sua potenzialità nella incriminazione della mera «propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico», punita dal primo comma, lettera a) dell'art. 604 *bis* c.p. con la stessa pena con cui sono puniti gli «atti discriminatori».

Infine, il quadro normativo, già connotato da una spiccata matrice repressiva, viene completato dalla previsione del delitto di associazione finalizzata non solo alla violenza discriminatoria ma anche all'«incitamento alla discriminazione» (art. 604 *bis*, secondo comma, c.p.).

In tal modo, si è detto, il legislatore ha esteso la tutela fino all'atto preparatorio dell'atto preparatorio[623].

---

[620] In questo senso, per tutti, G. DE FRANCESCO, *Commento*, cit., 79 ss.

[621] Sulla dignità umana come bene protetto dai delitti d'opinione odiosa *infra* cap. 4 par. 4,1, anche con riguardo agli orientamenti giurisprudenziali sul tema.

[622] Sull'aggravante che, in quanto applicabile a qualsiasi reato, non presuppone l'espressione di un pensiero e quindi esula dal presente lavoro, v. l'analisi di L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 237 ss.

[623] F. PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, in *Sist. pen.*, 2019, 2, 3.

Orbene, al cospetto di siffatto quadro normativo, appare evidente che la tutela dell'uguaglianza costituisca una «nuova frontiera del diritto penale»[624]. Si tratta, senza dubbio, di un atteggiamento apprezzabile da parte del legislatore, nella misura in cui ha dimostrato una spiccata sensibilità verso la solidarietà dovuta nei confronti di particolari tipologie di vittime, particolarmente vulnerabili. In proposito, si è autorevolmente osservato che la tendenza a sospingere il diritto penale verso l'eguaglianza s'inserisce nell'ormai consolidato movimento di rafforzamento della tutela della vittima del reato, divenuta «la protagonista della più recente politica criminale»[625].

È opportuno comprendere, però, se nelle nuove fattispecie l'attenzione "vittimologica" sia rivolta verso la vittima in concreto, che è tale cioè in quanto ha *hic et nunc* subito un fatto criminoso; oppure nei confronti della vittima in astratto, cioè di particolari categorie di soggetti che, per le più varie ragioni, sono maggiormente suscettibili di subire un processo di vittimizzazione e, come tali, possono aver bisogno di un rafforzamento della tutela o di una specifica protezione, anche penale[626].

Le alternative sul tappeto sono sostanzialmente due. Una prospettiva individualizzante – concentrata sulle ricadute lesive del discorso d'odio a carico dei singoli appartenenti al gruppo target – e una invece generalizzante che interpreta il bene tutelato in chiave identitaria, come patrimonio reputazionale riferibile *pro indiviso* a tutti i membri della minoranza razziale presa di mira[627]. Sennonché, dato che gli interpreti dubitano dell'efficacia lesiva dei discorsi d'odio, anche in relazione all'offesa individuale potrebbero immaginarsi solo danni indiretti o meri pericoli, di assai scarsa consistenza[628].

È vero, dunque, che la solidarietà costituisce il valore che fonda a monte la tutela che persegue, a valle, il valore della dignità umana e che ciò trova un saldo appiglio costituzionale: l'eguaglianza, infatti, rappresenta la manifestazione espressa dell'attribuzione a tutti gli esseri umani dello stesso valore intrinseco costituito appunto dalla dignità (art. 3 Cost.).

La dottrina, tuttavia, ha segnalato che la tutela dell'eguaglianza sottopone il diritto penale ad evidenti trasformazioni conseguenti alla «natura peculiarissima di questo bene giuridico». È facile comprendere che, essendo l'eguaglianza e la dignità dei valori ideali, cioè aventi una consistenza altamente assiologica, la loro tutela subisca un processo di smaterializzazione dell'offesa, giacché il nucleo di disvalore specifico

---

[624] F. PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, cit.

[625] F. PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, cit., sottolinea come, di recente, la richiesta di difesa sociale della cittadinanza abbia reso necessaria una vera e propria riscoperta del ruolo della vittima nel processo penale, figura ritornata al centro delle attenzioni dei penalisti e della politica criminale, sia a livello nazionale che internazionale. In argomento cfr. anche A. PAGLIARO, *La vittima nel diritto penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2010, p. 44 ss.

[626] F. PALAZZO, *La nuova frontiera*, cit.

[627] La dicotomia tra la prospettiva individualizzante e generalizzante richiama il rapporto tra nozione soggettiva e oggettiva di dignità umana su cui si attesta un sostanziale cortocircuito nella giurisprudenza costituzionale (*infra* cap. 2 par. 4).

[628] In questo senso A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., 714 coglie, proprio su tale profilo, la differenza tra ingiuria e diffamazione come forme di aggressione morale diretta alla dignità di una persona e reati di opinione in cui in cui, invece, si attesta una offesa indiretta a dignità individuali. Nella stessa direzione si muove A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 350 ss.

di tale categoria di reati risiede essenzialmente nella componente ideologicamente discriminatoria che si pone alla base dell'aggressione.

Certamente l'eguaglianza/dignità può essere offesa, in prima linea, mediante aggressioni fisiche alla persona, dalla violenza, alle minacce, alle ingiurie. Allo stesso modo, «non meno brucianti sono quelle aggressioni che consistono in atti discriminatori privi di un substrato di fisicità, quali possono essere le manifestazioni anche solo verbali di ostilità o di disprezzo»[629].

In tutti questi casi, però, particolarmente ardua è l'individuazione di un'offesa materiale e afferrabile che, al contrario, risulta evanescente e incorporea, tutta incentrata sulla motivazione ideologica discriminatoria[630]. Il rischio è, insomma, un'anticipazione della tutela fino alle soglie della mera manifestazione del pensiero.

5.2 La difficile selezione dei discorsi d'odio offensivi e il formante giurisprudenziale

L'opzione legislativa per la criminalizzazione di discorsi che propagandano e, soprattutto, istigano all'odio e alla discriminazione sembra proiettata a consentire la punizione non di tutti i messaggi discriminatori ma solo di quelli che, in quanto espressi nella forma della propaganda e dell'istigazione, presentano un sensibile potenziale offensivo[631]. Più precisamente, l'incriminazione dovrebbe riguardare solo i discorsi diffusivi d'odio e non anche quelli, semplicemente, motivati dall'odio[632].

L'accostamento alla – troppo sfumata – dignità della – meno problematica – uguaglianza ha sicuramente semplificato l'individuazione del contro-interesse tutelato da tali fattispecie. Tuttavia, come si anticipava e come si chiarirà meglio nel prosieguo (*infra* cap. 4 par. 4.1), anche tale maggiore specificazione non è in grado di selezionare le concrete modalità di aggressione di un bene così tratteggiato.

Analogamente a quanto accade per le fattispecie d'opinione tradizionali poste a tutela dell'ordine pubblico, anche la punizione dei discorsi d'odio *ex* art. 604 *bis* c.p., sottoforma di propaganda e istigazione, rientra tra i reati legislativamente costruiti sul pericolo astratto, in cui la dimensione offensiva, connotandosi di una componente intrinsecamente ideologica, sfuma ai margini della libera espressione a tutela di valori astratti.

L'evidente tensione con i principi di materialità e offensività ha aperto un serrato dibattito dottrinale in merito ai limiti di rilevanza penale dei discorsi d'odio, come normativamente configurati, volto a selezionare, in linea con i principi costituzionali che informano la materia penale, le condotte veramente offensive da punire.

---

[629] F. PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, cit., 7.

[630] Sulle criticità del bene giuridico della dignità, anche nel suo innesto con l'eguaglianza, *infra* cap. 4, par. 4.1 e dottrina ivi citata.

[631] Così, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 348 ss.

[632] Sulla contrapposizione tra odio-evento (effetto e risultato dannoso) e odio-motivo v. A. SPENA, *La parola*, cit., 593 ss.

Non sono mancate posizioni radicali che hanno ritenuto come la compressione di un diritto fondamentale come quello di manifestare il proprio pensiero non potrebbe giustificarsi in casi in cui la connessione tra l'espressione e il pericolo di danno sia meramente ipotetica[633].

Nella stessa direzione, si muove la ricostruzione di chi ritiene che la normativa in materia di *hate speech* non potrebbe fondarsi né sul pericolo concreto né sul pericolo astratto, posto che entrambi gli istituti necessitano una base conoscitiva oggettiva e neutrale che, in tale materia, non si ravvisa, a meno che non si ammetta l'operatività – spuria – del principio di precauzione[634].

Si è parlato, in proposito, di norme «emozionali» che – imperniate su elementi altrettanto etico-emozionali quali discriminazione, razzismo e odio – possono suscitare, evocando logiche sociali di dominio e prevaricazione, una immediata precomprensione, ma «rischiano di ridursi a formule di stile, alla luce del lessico emozionale impiegato»[635]. In questo senso, l'indeterminatezza di fondo del concetto di "crimine d'odio" si tradurrebbe in una definizione «ostensiva»[636].

Su altro versante si colloca la tesi di quanti, invece, ritengono prospettabile l'utilizzo di una rigorosa tecnica di pericolo astratto nella descrizione delle fattispecie, in grado di selezionare le offese che, in base ad una discrezionale valutazione legislativa, si intendono colpire[637].

Secondo altri Autori, poi, l'accertamento, svolto caso per caso dal giudice, del pericolo concreto per persone determinate appartenenti a gruppi ben individuabili, salverebbe tali fattispecie dal contrasto con la Costituzione, alla stregua di quanto avvenuto rispetto ai reati di opinione di matrice politica[638]. La lettura della fattispecie alla luce del pericolo concreto renderebbe, allora, possibile una ricostruzione oggettiva della nozione d'odio e dunque agevolerebbe – oltre che costituzionalmente legittimerebbe alla luce del principio di legalità – l'esegesi della norma[639].

---

[633] Così, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., 80 ss. e A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., 713. Secondo quest'ultimo, in particolare, si finirebbe per punire una mera «opinione per il solo fatto che questa rappresenti il turbamento della sacralità concettuale di un valore morale» (ma una soluzione più cauta, specie con riguardo all'offesa dell'istigazione a commettere atti di discriminazione o violenza per motivi razziali, si legge in A. SPENA, *La parola*, cit., 596 ss., nella – amara – presa di coscienza che si è al cospetto di «una zona nella quale il vessillo della libertà di parola non risulta scudo impenetrabile all'incriminazione e la tenuta costituzionale di questa dipende piuttosto da altri principi»).

[634] Nel senso della infalsificabilità del danno lamentato dalle vittime di *hate speech* A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, Torino, 2013, 78 ss. e F. BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?*, in *disCrimen*, gennaio 2018, 8 ss.; G. PINO, *Discorso razzista,* cit., 301 ss.; C. CARUSO, *Dignità degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti". Una rilettura dell'art. 21 Cost*., in *Quad. cost.*, 2013, 4, 797 ss.

[635] G. PUGLISI, *La parola acuminata*, cit., 1345 ss.

[636] F. BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*. *Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino,199-200.

[637] Così, proprio con riguardo all'art. 604 *bis* c.p. M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, cit., 1020: si tratta, per l'A. di un diritto penale «fragile» ma «plausibile»

[638] In questo senso, L. PICOTTI, *Istigazione*, cit., 217 ss.; G. PAVICH-A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit., 20; L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 214 ss.

[639] Così, L. GOISIS, *Provvedimento amministrativo discriminatorio: la necessità della disciplina penale contro gli atti di discriminazione razziale*, in *Giur. it.*, 11, 2021, 2454-2461. Si tenga presente che l'Autrice, in realtà, si esprime con riguardo all'aggravante dell'odio razziale, mostrando favore nei confronti della soluzione tassativizzante in linea con l'offensività in concreto.

Seguendo questo approccio, si è arrivati a sostenere che la disciplina vigente, al di là dei limiti di formulazione tecnica e delle imprecisioni linguistiche, fornisca «un'imprescindibile – anche se non sufficiente – base normativa per rispondere al diffondersi di idee e comportamenti razzisti»[640].

Il dibattito appena delineato mette in evidenza come, analogamente a quanto visto rispetto ai reati di opinione di matrice politica, la questione politica criminale dell'incriminazione dell'opinione anche odiosa e contrastante con la pari dignità umana apre ad una fitta trama di questioni su vari livelli, presupponendo problemi etico-politici, giudizi di valore, preferenze culturali dagli esiti discutibili.

Ciò detto è interessante confrontarsi con l'atteggiamento che la giurisprudenza di legittimità ha mostrato al cospetto di fattispecie che – per come costruite e per il bene giuridico protetto – segnano una sensibile anticipazione della tutela penale.

Sul punto va rilevato che, da un lato, l'art. 604 *bis* c.p., stante la sua recente introduzione, non è stato finora oggetto di pronunce da parte della giurisprudenza di legittimità, dall'altro, anche l'analoga incriminazione della l. Reale-Mancino non ha trovato molta fortuna nella prassi giudiziaria.

Manca, altresì, una chiara presa di posizione della Corte costituzionale, avendo più volte la Cassazione ritenuto manifestamente infondato il contrasto della normativa con l'art. 21 Cost., facendo leva sul carattere non assoluto della libera espressione e sulla centralità della tutela della pari dignità e protezione sociale, suscettibile di essere lesa da chi giustifichi o promuovi l'odio[641].

Del resto, la giurisprudenza di legittimità ha intrapreso un percorso di interpretazione costituzionalmente orientata delle fattispecie riconducibili alla punizione dei discorsi d'odio.

Tale lettura ha riguardato, innanzitutto, le modalità alternative di realizzazione della condotta, così come i concetti normativi di cui la stessa è intrisa. Si è chiarito, così, che la "propaganda di idee" consiste nella divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico e a raccogliere adesioni; mentre l'"odio razziale o etnico" è integrato da un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori, e non da qualsiasi sentimento di generica antipatia, insofferenza o rifiuto riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità o alla religione. La "discriminazione per motivi razziali", infine, è fondata sulla qualità personale del soggetto, e non - invece - sui suoi comportamenti[642].

Quanto alla necessità dell'accertamento in concreto della potenzialità offensiva della condotta, si è applicato lo stesso principio enucleato dalle indicazioni costituzionali per i reati di opinione di matrice

---

[640] Così, L. PICOTTI, *Istigazione*, cit., 130.

[641] Analoghi argomenti sono proposti in questo senso da Cass., 16 febbraio 2016, n. 34613, in *Riv. pen.*, 2016, 10, 895 ss. e Cass., 7 maggio 2008, n. 37581, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, 2023 ss.

[642] In questo senso si esprimono: Cass., Sez. I, 13 dicembre 2019, n. 1602 (annullata con rinvio la sentenza di condanna per l'esposizione di un manifesto pubblicitario in relazione al quale non era stata adeguatamente valutato se il suo contenuto fosse fondato sull'odio razziale ovvero sul comportamento omicida posto in essere e sull'irregolarità dell'ingresso in Italia del soggetto che si è reso autore di quei gravi fatti); Cass., Sez. I, 26 novembre 2019 n. 6933 (esclusa l'idoneità propagandistica dell'attività comunicativa a ledere il bene giuridico tutelato dalla fattispecie); Cass., Sez. V, 7 maggio 2020, n. 32862 (sussistente il reato con riferimento alle dichiarazioni rese da un esponente politico contro una minoranza etnica, descritta come caratterizzata da dedizione alla commissione di furti e riottosità al lavoro).

politica, in tal modo dando conto dell'esplicito riferimento contenuto – come si vedrà (*infra*, par. 6) – in relazione all'aggravante del negazionismo.

Anche in questo caso, però, alle solenni proclamazioni di diritto delle sentenze che non mancano di precisare come il giudice debba tener conto «del contesto in cui si colloca la singola condotta, in modo da assicurare il contemperamento dei principi di pari dignità e di non discriminazione con quello di libera espressione, così da valorizzare l'esigenza di accertare la concreta pericolosità del fatto», segue – nelle conclusioni – una svalutazione sensibile della dimensione offensiva, attestandosi su prognosi di pericolo astratto[643]. In questi casi, il ridimensionamento dell'esigenza di concretezza del pericolo, imposta – in virtù della configurazione normativa attuale – dal principio di offensività, si spiega in virtù della particolare rilevanza del bene protetto a fronte di condotte che, ancorché manifestazioni di pensiero, sono riprovevole espressione di discriminazione, intolleranza e odio razziale.

Tali difficoltà ermeneutiche – per la verità meno sentite nell'istigazione alla violenza esplicita – emergono soprattutto rispetto all'istigazione ad atti di discriminazione e alla mera propaganda[644] e sono particolarmente avvertite quando attengono a manifestazioni di pensieri in ambito politico[645].

5.3 Le nuove istanze di criminalizzazione: dalla tutela del razzismo biologico alla centralità del razzismo culturale

Per una corretta comprensione della disciplina tratteggiata fino a questo momento, centrale è anche la nozione di razzismo, elemento normativo extragiuridico di fattispecie[646]. Trattandosi di una nozione presupposta, è indispensabile chiarire cosa si intende per razzismo dal punto di vista del diritto penale.

---

[643] V. Cass., Sez. I, 22 maggio 2015, n. 42727, in *Cass. pen*., 2016, 5, 2019 (confermata la condanna dell'autore di una frase incitante allo stupro dell'allora ministra Kyenge, effigiata nella foto allegata per motivi razziali, postata in rete a seguito di un episodio di violenza sessuale). La Corte, nel caso di specie, ha avuto cura di analizzare il tenore dell'espressione, il mezzo utilizzato per pubblicarla e il contesto sociale e politico di contorno. Tuttavia, nella misura in cui assimila il concetto di istigazione a quello di mero incitamento, finisce per far sfumare la concreta offensività e pericolosità della condotta a far sì che altri si determinino alla violenza. Analoghe considerazioni valgono anche per Cass., Sez. I, 16 febbraio 2016, n. 34713, in *Riv. pen*., 2016, 10, 895. Una più fedele adesione al principio di offensività si legge in Cass., Sez. III, 23 giugno 2015, n. 36906 dove si distingue tra legittima discriminazione per l'altrui criminosità ed illegittima discriminazione per l'altrui diversità.

[644] In proposito, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa*, cit., 362 ss. distingue tra casi facili (riconducibili all'istigazione esplicita alla violenza) e *hard cases* con riguardo alle altre condotte espressive punite dall'art. 604 *bis* c.p.

[645] La questione è emersa soprattutto rispetto a campagne politiche locali in cui si manifestano posizioni di intransigenza rispetto a determinate minoranze (stranieri, rom, etc.). Emblematica di tali difficoltà ermeneutica è: Cass., Sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819. In dottrina, cfr. C. CARUSO, D*ialettica della libertà di espressione: il "caso Tosi" e la propaganda di idee razziste*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 133 ss.; L. PICOTTI, *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del Tribunale di Verona*, in *Dir. imm. e citt*., 2, 2005, 69 ss. Altrettanto significativa a questi fini è Cass., sez. III, 23 giugno 2015, n. 36906, Salmè, su cui M.C. UBIALI, *Un volantino elettorale associa comportamenti criminosi agli stranieri (neri, cinesi, Rom, islamici): è propaganda di idee fondate sull'odio razziale o etnico?*, in *Dir. pen. cont.*, gennaio 2016.

[646] Cfr. L. PICOTTI, *Istigazione*, cit., 117 ss.

Che la razza – così come l'etnia e la religione – costituiscano nozioni dai contorni difficilmente demarcabili è dato ad oggi non confutabile[647].

Ne sono dimostrazioni l'assenza di definizioni nel diritto positivo, chiamato a dare attuazione al principio di eguaglianza e di non discriminazione sancito nelle Costituzioni, nei Trattati e nelle Convenzioni sui diritti umani del secondo dopoguerra.

Lo conferma l'attività dei giudici e delle Corti che, più che delimitare i contenuti delle nozioni in esame sopperendo alla lacunosità sul punto dei testi normativi, ha preferito soffermarsi sulle relazioni tra le stesse, interpretando, in modo tuttavia, non sempre coerente, razza ed etnia come concetti non dicotomici ma complementari e la religione come caratteristica a sé stante.

Non diverso è stato l'approccio sviluppatosi nel corso dei secoli delle contigue scienze sociali alla ricerca di soluzioni soddisfacenti anche nella prospettiva di offrire un utile supporto alla costituzionalizzazione e codificazione di previsioni normative adeguate.

Ciò nonostante, sulla nozione di razza – molto indagata nel quadro delle scienze dure e delle antitetiche teorie razziste del primo Novecento[648] – esiste un punto comune a livello internazionale sulla inesistenza di razze umane biologicamente differenziabili[649].

D'altro lato, va anche detto, però, che la *teoria delle razze* che costruisce un discorso di tipo "biologico", fondato su caratteri somatici sui quali elaborare categorie umane in relazione di *disuguaglianza*, non esaurisce il concetto di razzismo. Quest'ultimo, invero, con la fine del nazismo, cambia pelle e diventa razzismo culturale.

Per comprendere a pieno tale nozione – necessaria per delimitare l'area applicativa della fattispecie di cui all'art. 604 *bis* c.p. e per prospettarne *de jure condendo* una sua eventuale estensione operativa – è opportuno fare riferimento ad alcuni dati normativi.

In questo senso, può essere uno spunto la Convenzione di New York che, all'art. 1, infatti stabilisce che la discriminazione razziale «sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di 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 o in ogni altro settore della vita pubblica».

Come si è visto, poi, il divieto di discriminazione razziale si inserisce in un quadro normativo, costituzionale ed internazionale, piuttosto esteso. Sul piano del diritto costituzionale interno, il principio

---

[647] Così, M. D'AMICO-C. SICCARDI, *La Costituzione non odia*, cit., 38 ss. Sul tema cfr. C NARDOCCI, *Razze ed etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Napoli, 2016.

[648] Valga per tutti la ricostruzione di R. MAIOCCHI, *Scienza italiana e razzismo fascista*, Milano, 1999.

[649] L'approdo è confluito negli *statements* sulla questione razzista dell'UNESCO e nella produzione scientifica di un noto genetista italiano che a lungo si è occupato della nozione di razza (L.L. CAVALLI SFORZA, *Storia e geografia dei geni umani*, Torino, 1997: «nessuna ricerca conferma che la rivendicazione della superiorità di una popolazione nei confronti di un'altra abbia basi genetiche».

di non discriminazione trova pieno riconoscimento negli artt. 2 e 3 Cost., laddove si sanciscono i diritti inviolabili dell'uomo, nonché il principio di uguaglianza, nel proclamare il quale si fa espressa menzione del divieto di distinzioni su base razziale[650].

Anche in giurisprudenza si ritrovano definizioni della discriminazione quale «sentimento di avversione fondato sulla razza, l'origine etnica o il colore, immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità», o ancora quale «pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza»[651].

Da tale quadro emerge, come acutamente sottolineato, l'ampiezza e lo spessore costituzionale, anche di rango internazionale, oltre che storico, culturale e filosofico, dell'esigenza di contrastare giuridicamente ogni forma di discriminazione razziale, intesa in senso lato, come tale meritevole d'essere perseguita con interventi repressivi e sanzionatori di natura – quando necessario – penale, in quanto costituente lesione di un diritto fondamentale dell'uomo, di rango primario[652].

Al di là di questi rilievi non vi è dubbio che, anche a livello normativo, si sia oramai registrata una evoluzione nella concezione stessa del razzismo che, emancipato dalla dimensione eminentemente biologica riconducibile alla sua etimologia, accorda una tutela preferenziale al razzismo c.d. culturale. Centrali a tal fine sono ritenute le riflessioni di Michel Wieviorka[653]. Secondo lo studioso francese, il razzismo non si giustifica più in base alla disuguaglianza biologica fra le razze, secondo la visione positivistica ottocentesca, legata al pensiero darwiniano, bensì si legittima in una dimensione simbolica. Come sottolineato efficacemente, «proprio dal presupposto dell'esistenza di categorie di uomini differenti, l'ideologia razzista contemporanea muove, infatti, per introdurre una differenza nella stessa differenza, ipotizzando una sorta di differenziazione "anomala" (...). Ne consegue che appare corretto inquadrare nel concetto di razzismo penalmente rilevante la c.d. visione differenzialista del mondo»[654].

In buona sostanza, quindi, la nozione di razzismo c.d. culturale (o differenziale) si fonda sul pregiudizio e sull'inferiorità che connota, per determinate ragioni, un gruppo minoritario rispetto ad un gruppo maggioritario[655].

Da tale nozione deriva la tendenza punitiva espansiva nei confronti della discriminazione razziale che, soprattutto quando coinvolge la materia dei reati di opinione (nella variante dei discorsi d'odio punibili),

---

[650] L. GOISIS, *Atti di discriminazione razziale*, cit., 2452.

[651] Tra le molte, si veda Cass., Sez. V, 28 gennaio 2010, n. 11590, nonché Cass., Sez. V, 28 dicembre 2009, n. 49694. Cfr. G. PAVICH-A. BONOMI, op. cit., 5-6.

[652] L. PICOTTI, *Istigazione*, cit., 129 e seg.

[653] M. WIEVIORKA, *Lo spazio del razzismo*, Milano, Il Saggiatore, 1993. È stato osservato che «il concetto di razza nella specie umana è di per sé estremamente ambiguo e di difficile definizione in una prospettiva strettamente biologica, ed è stato da molti ripudiato come privo di basi scientifiche».

[654] L. PICOTTI, *Istigazione*, cit., 121, 123. Si tratta della concezione penalmente rilevante di razzismo ampiamente ricostruita dalla giurisprudenza.

[655] Sul razzismo culturale v. anche P.A. TAGUIEFF, *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, Milano, 1999. L'Autore, dopo la sconfitta del nazismo e del suo credo nella superiorità della razza ariana, cerca di costruire un modello interpretativo innovativo di razzismo culturale (o differenziale) basato su alcuni elementi: essenzializzazione, stigmatizzazione, barbarizzazione.

fa sorgere numerosi dubbi sulla sua legittimità costituzionale e sull'opportunità di attribuire alla sanzione penale una funzione promozionale di inclusione delle minoranze discriminate.

5.4 Le iniziative legislative sulla rilevanza penale dei discorsi di matrice omofobica

Come si è visto, l'art. 604 *bis* c.p. – strumento penale di tutela contro i discorsi d'odio – incentra la punibilità delle condotte di istigazione e propaganda sul solo odio etnico, religioso, razziale e nazionale.
Rispetto a tale assetto sono numerosi i tentativi – allo stato non andati a buon fine[656] – di predisporre, anche nell'ordinamento italiano, un'analoga tutela penale a fronte dei discorsi di matrice omofobica, sul presupposto che anche quella fondata sull'orientamento sessuale sia una forma di discriminazione storicamente piuttosto diffusa e quindi meritevole di protezione[657].
Da ultimo, in questa direzione si è mosso il progetto di legge recante «misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità» (XVIII leg., AS 2005, c.d. d.d.l. Zan), approvato alla Camera e ancora in discussione al Senato[658].
Tale provvedimento sta tenendo vivo il dibattito politico (anzitutto) e giuridico degli ultimi mesi, in ragione di alcune sue previsioni[659]. L'obiettivo è fornire una risposta legislativa ai fenomeni particolarmente insidiosi – e di cui si registra una recente recrudescenza – di discriminazioni legati al sesso, al genere, all'orientamento sessuale, all'identità di genere, alla disabilità.
La struttura normativa, per larghi tratti, riprende il precedente progetto c.d. Scalfarotto, tentando di migliorarne la tecnica redazionale, soprattutto in punto di tassatività e determinatezza. L'iniziativa, innanzitutto, ha cura, infatti, di definire le condizioni personali indicate nella sua rubrica, scegliendo di

[656] Un primo disegno di legge (n. 245, 13 marzo 2013) è stato immediatamente archiviato. Una seconda iniziativa (d.d.l. 1052 del 19 settembre 2013 recante «Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia», c.d. Scalfarotto), dopo aver ricevuto l'avallo della Camera, si è arenato al Senato. In particolare, quest'ultimo provvedimento imboccava la via di estendere all'odio omofobico quanto previsto dalle leggi. n. 654/1975 e n. 205/1993. Per una analisi critica del provvedimento e, in generale, della scelta politico-criminale v., tra tutti, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., luglio 2013 e E. DOLCINI, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Dir. pen. proc.*, 1393 ss.
[657] Sul tema v. E. DOLCINI, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 7 ss.; M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *GenIUS*, 2015, 1, 14 ss.; L. GOISIS, *Omosessualità,* hate crimes *e diritto penale*, in *GenIUS*, 2015, 1, 40 ss.; ID., *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici,* in *Dir. pen. cont*., novembre 2012; A. PUGIOTTO, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *GenIus*, 2015, 1, 6 ss.; G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.,* 2013, 3, 84 ss.; F. PANE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggettivi vulnerabili*, in *Dir. pen. cont*., marzo 2015.
[658] È significativo rilevare, a testimonianza del grande interesse (soprattutto politico) sotteso al tema, che contestualmente alla calendarizzazione del progetto Zan, è stato presentato un altro disegno di legge parallelo e semplificato (d.d.l. XVIII leg., n. 2205 a firma del sen. Ronzullli e altri) volto a introdurre una mera aggravante di parte generale – e non bilanciabile – per i reati commessi «in ragione dell'origine etnica, credo religioso, nazionalità, sesso, orientamento sessuale, disabilità» (art. 61 n. 1 *bis* c.p.).
[659] Per una analisi delle novità proposte cfr. C. CARUSO, *D.d.l. Zan: diritto penale pedagogico o costituzionalmente orientato?*, in *Il Mulino*, 3, 2021, 677.

identificare i beni giudici o le condizioni personali oggetto di protezione, invece dei movimenti o le tendenze sociali da reprimere[660].

L'intervento legislativo delinea, poi, una disciplina a doppio binario, di natura repressiva e di tipo eminentemente promozionale[661].

Sul primo versante, si registra un allargamento del novero dei reati di opinione individuati dall'art. 604 *bis* c.p. anche rispetto alle motivazioni discriminatorie anzidette. Sono interessate, in particolare, le fattispecie relative all'istigazione, alla commissione di atti discriminatori o di violenza, alla partecipazione o promozione di movimenti che discriminino per «motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità». La medesima istanza espansiva riguarda, altresì, la circostanza aggravante che accresce la dosimetria sanzionatoria per reati già sanzionati dal Codice penale ma commessi per motivi discriminatori. La tutela contro la discriminazione sessuale non è, invece, estesa alla mera propaganda, pure punita dall'art. 604 *bis* c.p. con riguardo all'odio etnico, nazionale, religioso e razziale.

Non vi è alcun dubbio che i beni giuridici individuati in apertura dal d.d.l. Zan siano meritevoli di tutela. Nonostante non siano espressamente menzionati in Costituzione, il diritto al libero orientamento sessuale e all'identità di genere fanno riferimento a situazioni soggettive da tempo considerate, da legislatore e Corte costituzionale, suscettibili di protezione, quali corollari del principio personalistico enunciato dall'art. 2 Cost.

Del resto, come è stato correttamente rilevato, ragionare diversamente vorrebbe dire avallare «un processo di pietrificazione del diritto penale»[662], che non può essere esclusivo appannaggio dei beni tradizionali ma deve aprirsi alle nuove rivendicazioni che vanno emergendo nella società: beninteso, sempre che ciò avvenga nei limiti delle coordinate costituzionali.

Proprio con riguardo al profilo teleologico, in effetti, la dottrina ha sottolineato che oggetto di tutela, nel caso specifico, sembra un generale (e sfuggente) diritto a non subire discriminazioni in ragione di determinate condizioni personali, più che i diritti della persona. Tali perplessità sono alimentate dal fatto che l'art. 1 del d.d.l. Zan accomuna concetti tra loro molto diversi e di difficile delimitazione l'uno con l'altro tutti avvinti dal fatto della discriminazione: il sesso biologico o anagrafico, il genere (e cioè le manifestazioni esteriori coerenti o contrarie alle aspettative sociali legate al sesso), l'orientamento sessuale, l'identità di genere, la disabilità.

Quanto alle condotte d'opinione incriminate, come si è anticipato, va senz'altro apprezzata la scelta di non introdurre un delitto di propaganda, sulla falsariga di quanto prevede l'art. 604 *bis* c.p. per l'odio

---

[660] Al contrario, il d.d.l. Scalfarotto era incentrato sulla necessità di reprimere «omofobia» e «transfobia». Proprio sulla particolare estensione di questi concetti, che finivano per descrivere condotte di portata troppo generica, potenzialmente inclusive anche di mere manifestazioni di idee, si erano concentrati i principali dubbi di legittimità costituzionale.

[661] Per l'importanza delle misure promozionali introdotte e la condivisibilibità di un approccio multidisciplinare nel contrasto alla parola pericolosa *infra* cap. 4, par. 8.

[662] Così, C. CARUSO, *D.d.l. Zan*, cit., 676.

etnico-razziale. Si tratta di una fattispecie che – già particolarmente discussa nell'ambito dell'attuale assetto normativo – avrebbe comportato un'anticipazione della tutela penale esasperata e ai margini con la libera espressione.

Per il resto, si può osservare, in senso critico, che rimangono particolarmente incerti i confini della punibilità del compimento della fattispecie istigatoria che allarga il novero dei reati di opinione individuati dalla disciplina codicistica. Esclusi i comportamenti, motivati dalle condizioni personali della vittima, che già integrano elementi oggettivi di altre fattispecie (e che potrebbero andare incontro ad un inasprimento della pena in virtù della aggravante, osservazione che vale anche per gli atti di violenza), lo spettro applicativo del delitto, potenzialmente molto esteso, potrà essere colmato dal giudice del caso concreto, a cui è demandato il compito di individuare la ragione giuridica rispetto alla quale non è ammessa nessuna disparità di trattamento[663]. L'indeterminatezza che caratterizza l'ipotesi istigatoria, accentuata dall'imprecisione e dalla moltitudine delle ragioni discriminatorie, rende difficilmente individuabili a priori le forme dell'istigazione da sanzionare.

Probabilmente, nella consapevolezza di tali pericoli, l'art. 4 del disegno di legge fa «salve la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti» (c.d. clausola salva idee).

Si tratta di una disposizione tanto significativa quanto inedita. Il merito è sicuramente quello di scriminare alcune situazioni soggettive, anche se non è chiaro in che modo – a livello di teoria generale del reato – sia prospettabile la non punibilità in questi casi[664].

Tuttavia, la ridefinizione dell'ipotesi dell'istigazione nei termini di un pericolo concreto si espone alle medesime perplessità che si sono già messe in evidenza, correndosi il rischio di oscillazioni giurisprudenziali inaccettabili e pericolose, con conseguenze differenze a carico dei singoli imputati a seconda degli orientamenti personali del giudice.

Se quindi è sicuramente apprezzabile l'intento legislativo che mostra di non perdere di vista il necessario bilanciamento tra due beni fondamentali della democrazia, è altrettanto ineludibile la constatazione che si è tentato di realizzare tale obiettivo affidando in definitiva il contemperamento alla valutazione in concreto del giudice, così da rivelare «tutte le difficoltà di una perimetrazione rigorosamente legislativa delle tendenze espansive della tutela penale dell'eguaglianza»[665].

Al di là del fatto che il d.d.l. Zan venga approvato (come pare ormai improbabile) o meno, resta il fatto che è evidente la nuova tendenza del diritto penale ad anticipare la soglia di tutela ai limiti con la libertà di opinione sull'onda di una progressiva proliferazione dei possibili motivi di discriminazione. La nuova

[663] In questo senso si esprime C. CARUSO, *D.d.l. Za*n, cit., 678, con riguardo alla fattispecie di compimento di atti discriminatori che, a causa dell'inafferrabilità del suo elemento oggettivo, anche nella sua forma comune già prevista dall'art. 604 *bis* c.p. per la discriminazione razziale, etnica, nazionale o religiosa non ha avuto grande fortuna applicativa.
[664] Sul tema *infra* cap. 4, par. 2.2.
[665] F. PALAZZO, *La nuova frontiera*, cit. 7.

frontiera del diritto penale dell'uguaglianza e della dignità, dunque, alimentata dalla nuova concezione culturale e differenziale di razzismo, è mobile ed elastica, pronta a conquistare nuovi spazi e nuove categorie sociali e personali a cui riservare una tutela penale già di per sé di dubbia legittimità costituzionale[666].

In definitiva, anche tale iniziativa si iscrive, dunque, nel lento ma inesorabile processo di mutazione delle funzioni del diritto penale, che da tempo ha assunto un ruolo proattivo, di tutela promozionale delle culture e delle identità di gruppi minoritari. Di fronte a preoccupanti rigurgiti di discriminazione e intolleranza, ancora una volta le forze politiche preferiscono attribuire al diritto penale una discutibile funzione pedagogica nei confronti di settori culturalmente arretrati della società, piuttosto che adottare una strategia di inclusione delle minoranze nei diritti fondamentali

Epperò, un paradigma punitivo costellato da fattispecie indeterminate e dalla forte valenza simbolica, che tenta di correggere con lo stigma della pena i fallimenti delle istituzioni sociali, culturali e educative, non può che essere guardato con sospetto e insoddisfazione dal penalista fiducioso in un modello liberale e democratico che prospetta un diritto penale minimo, certo e legalmente predeterminato[667].

Del resto, il vuoto di tutela lamentato è – forse – più apparente che reale. Gli insulti a carattere omofobico diretti nei confronti di una precisa persona, socialmente degradata in ragione della sua identità o della rispettiva condizione personale, sono infatti già penalmente rilevanti ai sensi dei delitti contro l'onore e possono subire un aumento di pena se fondati sull'odio o su motivi abietti o futili.

In questo senso, una ragionevole soluzione compromissoria potrebbe essere quella di confermare esclusivamente l'allargamento della sfera applicativa dell'aggravante della discriminazione che, per la sua natura comune, sarebbe sufficiente ad accordare protezione agli episodi di intolleranza legati alla motivazione *lato sensu* sessuale.

Al di fuori di tali confini, si materializza il pericolo di sanzionare mere opinioni rivolte a una platea indistinta di destinatari, magari odiose e irriguardose ma comunque riconducibili alla libertà costituzionale. Il rischio è colpire il dissenso ideologico in quanto tale, avallando un irrigidimento protezionistico dell'ordinamento rispetto ad espressioni che vengono escluse, per il loro contenuto, dalla protezione dell'art. 21 Cost., secondo un approccio che – come si è ampiamente detto (*infra* cap. 2 par 4.1.) – trasfigura irrimediabilmente la portata garantista di tale libertà.

---

[666] F. PALAZZO, *La nuova frontiera*, cit., 8. L'Autore suggerisce al legislatore di mettere ordine a un sistema «che ha trovato la sua dignità e il suo riconoscimento legislativo quasi per caso». Solo in questo modo «si potrebbe attenuare la tensione che indubbiamente questa nuova frontiera del diritto penale introduce, come tutte le frontiere avanzate, rispetto alla trama dei grandi principi tradizionali, senza che di certo siano pensabili impossibili arretramenti».

[667] C. CARUSO, *D.d.l. Zan*, cit., 679. Con amarezza, l'Autore rileva che tale metamorfosi è forse «inevitabile nelle odierne società pluraliste, ove ciascun gruppo, nel tramonto dei tradizionali canali di intermediazione politica, avanza pretese di riconoscimento sul potere pubblico anche attraverso forme di tutela penale che ne certifichino l'identità».

5.5 L'esperienza spagnola: l'art. 510 c.p. come archetipo dei *delitos de odio* (anche omofobico)

L'art. 510 c.p. rappresenta il tipo penale di riferimento dei discorsi d'odio punibili nel sistema penale spagnolo[668]. La redazione normativa di tale disposizione è oggi più ampia di quella contenuta nella sua formulazione originaria del 1995, che già apprestava una tutela penale – nient'affatto limitata – per tali modalità aggressive[669]. Con la LO 1/2015 del 30 marzo, infatti, il legislatore ha approvato una riforma che ha dettato una nuova disciplina a tali fattispecie, nel tentativo di adeguarle alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale[670] e dagli strumenti normativi del diritto dell'Unione Europea[671].

In estrema sintesi, le modifiche consistono: nella eliminazione del riferimento alla *provocación*; nell'aggiornamento del trattamento sanzionatorio, in linea con le esigenze di proporzionalità; nell'unificazione delle condotte fino a quel momento regolate dagli artt. 510 e 607.2 c.p.[672]

I nuovi tipi criminosi – ordinari e attenuati – sono raggruppati in due blocchi, puniti con pene differenti.

Il primo gruppo (art. 510, co. 1 c.p.), incrimina, con pena congiunta della reclusione da uno a quattro anni e della multa, la *incitación* all'odio o alla violenza (lett. a), la *producción, posesión y difusión de materiales* idoneo a incitare all'odio o alla violenza (lett. b) e il *negacionismo o enaltecimiento de crímenes de guerra o contra la humanidad* (lett. c).

Il secondo elenco di condotte c.d. attenuate (art. 510, co. 2 c.p.) fa riferimento agli atti di *humillación o menosprecio* per motivi discriminatori (lett. a) e a quelli di *enaltecimiento o justificación pública* dei delitti commessi per motivi discriminatori contro determinati gruppi sociali o suoi membri (lett. b).

Le distinte fattispecie sono accomunate dall'univoco elemento soggettivo che deve connotare le condotte, rappresentato dai motivi razzisti, antisemiti, o comunque relativi all'ideologia, religione (o credenza), situazione familiare, etnia, razza, origine nazionale, sesso, orientamento e identità sessuale, ragioni di genere, infermità o disabilità. Da questo punto di vista, il catalogo dei motivi discriminatori che qualificano i discorsi d'odio punibili si presenta come esaustivo, arricchito, a seguito della riforma, dal riferimento all'origine nazionale e – per quel che interessa in una prospettiva comparatistica con

---

[668] Così lo intende il *Tribunal Supremo*. Nelle sentenze STS 646/2018, 14 dicembre, *FJ Único*; STS 47/2019, 4 febbraio, FJ 2; STS 185/2019, 2 aprile, FJ 3 si legge che «*el art. 510 del Código penal,* [se erige] *como arquetipo del discurso de odio».*

[669] Sull'estesa rilevanza penale dei discorsi punibili, già in base alla disposizione originaria dell'art. 510 c.p., cfr. J. M. LANDA GOROSTIZA, *Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, 7, 2012, 297 ss.

[670] Il riferimento è alla STC, 7 novembre 2007, n. 235 che, pur riguardando il discorso negazionista, detta principi generali in materia di limitazioni penalistiche della libera espressione. *Infra* par. 6.1.

[671] Sull'importanza dell'*input* euro-unitario nella formulazione dell'art. 510 c.p. R. ALCÁCER GUIRAO, *Víctimas y disidentes. El "discurso del odio" en EE.UU. y Europa*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 2015, 45ss.

[672] In dottrina, sul precetto dell'art. 510 c.p. e sulla nuova regolamentazione dei discorsi d'odio punibili alla luce della riforma del 2015 cfr. G.M. TERUEL, *La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal*, in *Revista para el Análisis del derecho*, 4, 2015.

l'ordinamento italiano – alla categoria del genere e dell'identità sessuale, essendo, invece, presente sin dalla formulazione originaria del 1995 la ragione connessa all'orientamento sessuale.
Un altro elemento in comune alle condotte punite dall'art. 510 c.p. è anche la necessità di identificare un gruppo sensibile (c.d. *grupo diana*) al cui cospetto le condotte devono dirigersi.
Soffermandoci, in particolare, sulla prima delle figure tipizzate – perché più interessante per la nostra ricerca – va rilevato come il delitto di istigazione all'odio e alla violenza includa una amplissima varietà di azioni.
Come si è anticipato, l'art. 510 co. 1 lett. a) c.p., eliminandosi la condotta di «provocazione» su cui in passato era costruito il divieto, reprime le azioni di chi «fomenta», «promuove» o «incita» direttamente o indirettamente. Gli interpreti dottrinali e giurisprudenziali non hanno ancora chiarito la differenza tra tali condotte e, di conseguenza, la reale estensione del campo applicativo della norma incriminatrice rispetto al passato. In questo senso, l'inclusione dei verbi *fomentar* e *promover*, sinonimi tra loro e con un significato molto vicino a *incitar*, pareva non necessaria, avendo come unico probabile effetto quello di accentuare i profili di indeterminatezza della norma[673].
Un elemento di novità dal carattere sicuramente selettivo – ma già individuato in via ermeneutica in precedenza – è rappresentato dalla esplicitazione della forma pubblica con cui le condotte vanno commesse; a conferma del fatto che i discorsi d'odio privati non rientrano nell'alveo della tipicità della norma, posto che gli stessi non appartengono ai compiti dello Stato e, ancor meno, dello *ius puniendi*, a meno che non sia integrata la lesione dell'onore individuale[674].
La modifica attiene anche al risultato offensivo temuto che conferisce all'ipotesi delittuosa meritevolezza di pena. Si precisa, infatti, la condotta oggetto di istigazione che può consistere in atti di odio, ostilità, discriminazione o violenza[675].
Con la riforma, dunque, da questo punto di vista, non solo non si è circoscritto il termine odio, come da tempo richiedeva la dottrina, ma si è aggiunto il riferimento a – non meglio precisati – atti di ostilità. Sennonché, mentre gli atti di violenza e discriminazione possono essere interpretati restrittivamente come atti delittuosi, non può dirsi lo stesso con l'odio e l'ostilità, termini vaghi che, tra l'altro, non presuppongono in alcun modo una base illecita. Per queste ragioni gli interpreti hanno già censurato la scelta di punire penalmente l'istigazione di atti la cui realizzazione non è in sé delittuosa, obbligando a interpretazioni restrittive del concetto di odio (così come quello di ostilità) allo scopo di salvare la incostituzionalità del precetto.

[673] In questo senso, M. ROIG TORRES, *Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)*, in AA.VV. (a cura di) *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, 2, Valencia, 2015, 1255.
[674] In questo senso, P. LAURENZO COPELLO, *Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*, in *Libertad ideológica y Derecho a no ser discriminado*. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, 256 ss.
[675] Sulla definizione delle condotte oggetto di istigazione già prima della riforma cfr., M.A. AGUILAR GARCÍA, *La reforma del art. 510 del Código penal*, in *La ley penal*, 2011, 7.

Si tratta, tra l'altro, di un giudizio di pericolosità astratta, dato che il tipo penale pare costruito come delitto che si consuma con la mera condotta; tant'è vero che non è mancato chi ha sottolineato che si è al cospetto di «una partecipazione tentata in una discriminazione effettiva»[676].

Il principale dibattito che tale figura criminosa suscita ha a che fare con il profilo d'offesa e, più nello specifico, con i requisiti di idoneità dell'istigazione. La scomparsa del verbo provocare e l'espressa previsione del requisito pubblicitario sono chiari indici della volontà legislativa di disancorare totalmente la punibilità dei discorsi d'odio dai limiti generali fissati in tema di anticipazione della tutela penale con riguardo all'istigazione e all'apologia di cui all'art. 18 c.p., rispetto a cui, evidentemente, l'art. 510 co. 1 lett. a) c.p. costituisce figura autonoma[677].

L'enumerazione degli elementi necessari per l'applicazione della norma suggerisce, infatti, l'impossibilità di fare riferimento ad altre disposizioni per dotare di senso compiuto il precetto, diversamente da quanto si era verificato in passato[678].

È vero che, in astratto, vi è univocità di vedute sul fatto che la mera esistenza di un sentimento di odio o la semplice diffusione di idee razziste e xenofobe non possa, per ciò solo, tradursi in illecito penale, essendo necessaria la prova di una idoneità della condotta espressiva a generare una situazione di pericolo seria e di rischio reale di produzione di atti discriminatori[679]. Tuttavia, la mancata precisazione circa il carattere diretto o indiretto della provocazione, rischia che in concreto, l'*incitación* si traduca in un elemento solo tendenziale[680]. Vale a dire che i giudici, limitandosi al tenore letterale del delitto d'odio tipizzato nell'art. 510 c.p., omettano di valutare la rilevanza concreta, nel caso sottoposto al loro esame, del rischio o del pericolo o che tale *test* resti una mera dichiarazione di principio.

Alla luce di quanto detto, la chiara finalità di protezione dei gruppi vulnerabili – e tramite essi della pacifica convivenza sociale – ha condotto il legislatore ad anticipare notevolmente le soglie di intervento penale attraverso un reato di pericolo presunto diretto a prevenire azioni che presuppongano una attitudine solo potenzialmente lesiva per i destinatari dei messaggi discriminatori, odiosi o violenti.

---

[676] Così: F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 20, Valencia, 2015, 711.

[677] Sul rapporto tra apologia (art. 18 c.p.) e figure speciali di anticipazione della tutela penale nel sistema spagnola *infra* par. 4.

[678] Rispetto alla vecchia formulazione dell'art. 510 c.p., era invalsa una esegesi dottrinale e una prassi giurisprudenziale – per la verità non univoca – volta a equiparare la provocazione alla discriminazione alle caratteristiche degli atti preparatori, alla luce della definizione di apologia contenuta nell'art. 18 c.p. Un tentativo di sintesi tra i diversi approcci ermeneutici si rinviene nell'atto dell'*Audiencia Provincial de Barcelona* 892/2016, del 29 novembre. In particolare, sono riconosciute altre due tendenze interpretative. Secondo una prima lettura, ai fini della tipicità della condotta doveva provarsi l'esistenza di una attitudine di autentica ostilità, esigendosi una componente di aggressività nel discorso («*antesala de la violencia*»). Secondo una seconda posizione, poco compatibile con i principi costituzionale, sarebbero punibili non solo le condotte che possono qualificarsi nei termini anzidetti, ma tutte quelle che presuppongano la diffusione di idee razziste o xenofobe.

[679] L'attitudine di produrre una situazione di rischio viene declinata con un «*"efecto llamada" hacia la hostilidad o violencia*» (*Audiencia Provincial de Valencia 1123/2019, 7* novembre, FJ 4) o con un «*potencial emulador para el paso al acto»* (*Audiencia Provincial de Barcelona* 702/2018, 8 novembre, FJ 9).

[680] L'Atto dell'*Audiencia Provincial de Barcelona* 787/2018, 12 dicembre, FJ 3, si riferisce a «*conductas expresivas punibles de tendencia incitadora*».

Dubbi, questi, in parte analoghi a quelli che, come si è detto, suscita la corrispondente fattispecie italiana di cui all'art. 604 *bis* c.p.

Quello che, invece, è del tutto estraneo al sistema spagnolo è il recente dibattito sviluppatosi in Italia con riguardo alla proposta di estendere la rilevanza penale dei discorsi d'odio (punito, ai sensi dell'art. 604 *bis* c.p. con riguardo alla motivazione razziale, religiosa, etnica e nazionale) anche all'odio omofobico e a quello legato alla disabilità.

Come si è detto, infatti, l'art. 510 c.p. fa riferimento alla motivazione connessa all'orientamento sessuale del discorso d'odio penalmente rilevante fin dalla sua introduzione nel contesto spagnolo nel 1995. In questo senso, la modifica del 2015 ha soltanto arricchito l'esaustivo catalogo di ragioni discriminatorie con la categoria del genere e dell'identità sessuale, in tal modo convalidando e rafforzando l'assetto originario e non aggiungendo nulla di nuovo.

Nell'ordinamento spagnolo non si è registrato negli anni né si registra tutt'ora, però, alcuna discussione sulla opportunità politico-criminale di tale scelta incriminatrice, basata, secondo le indicazioni dei lavori preparatori, su canoni di ragionevolezza che qualificano anche quella sessuale, al pari di quella etnica, religiosa, nazionale etc., come una discriminazione meritevole di pena[681].

6. L'aggravante del negazionismo tra tutela della memoria-dignità e reato di opinione

I dubbi di compatibilità evocati in relazione al discorso d'odio si pongono in modo ancora più evidente nella discussione intorno alla punibilità del c.d. negazionismo: discorsi, cioè, volti ad affermare il fatto falso che determinati avvenimenti carichi di significato – primo fra tutti la Shoah – non siano mai accaduti[682].

Attualmente, la disciplina penale italiana in materia di negazionismo è prevista dall'art. 604 *bis*, co. 3, c.p., che, in attuazione del principio della c.d. "riserva di codice", ripropone il testo dell'art. 3, co. 3 *bis*, l. n. 654 del 1975, come modificata dalla legge n. 115 del 2016.

La scelta del legislatore italiano è stata quella di non introdurre un'autonoma figura di reato, ma una mera circostanza aggravante dei delitti di propaganda razzista e di istigazione ed incitamento alla

[681] Sul punto, si v. le osservazioni di G. BENLLOCH PETT, *El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad*, in *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, LIV, 2001, 175 ss. L'Autore analizza criticamente le diverse motivazioni ideologiche poste alla base della rilevanza penale dei discorsi d'odio.

[682] Sul fenomeno storico del negazionismo – diffusosi all'indomani del secondo conflitto mondiale – e sulle differenze con il revisionismo (tendenza, inevitabile, a rivedere le opinioni storiografiche consolidate alla luce di nuovi dati, testimonianze, documenti e interpretazioni, partendo dai risultati delle ricerche precedenti e rispettando regole metodologiche correntemente accettate), di cui il primo costituisce una degenerazione v. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; C. LEOTTA, *Profili penalistici del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte Edu sul genocidio armeno*, Padova, 2015, 12 ss. e M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in AA.VV., *Verità del processo e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 19 ss.

discriminazione ed alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi[683]. Tale aggravamento si applica quando suddette condotte, commesse in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondino in tutto o in parte sulla negazione (e, a partire dal 2017, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia) della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli artt. 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale.

L'introduzione nell'ordinamento italiano di tale aggravante ha dato vita ad un intenso dibattito in dottrina che, a ben vedere, aveva già preceduto la novella legislativa per via dell'obbligo di incriminazione discendente dalla già citata Decisione Quadro del 2008[684].

V'è da dire, preliminarmente che i profili di più evidente tensione con i principi fondamentali del diritto penale e la libera espressione, nella versione della libertà alla ricerca storica, anch'essa dotata di rilevanza costituzionale (art. 33 Cost.), sono ridimensionati dalla natura circostanziale della fattispecie. Il negazionismo, infatti, per come configurato dal legislatore, non amplia l'area del penalmente rilevante ma incide su una base già esistente, operando come specifica modalità di realizzazione dei discorsi d'odio, già di per sé punibili[685]. L'aggravio di pena, del resto, è del tutto eventuale, trattandosi di una circostanza bilanciabile ai sensi dell'art. 69 c.p. che, in caso di concorso eterogeno con altre circostanze, potrebbe essere neutralizzata dal giudice[686].

Altro dato che affievolisce i profili di illegittimità è rappresentato dalla presenza di una clausola espressa di offensività, giacché il legislatore richiede esplicitamente l'accertamento in concreto dell'idoneità lesiva. Tale pericolo, sebbene venga espressamente menzionato nel comma che regolamenta l'aggravante di negazionismo, non deve tuttavia essere riferito all'affermazione negazionista in sé, ma alle tre condotte delle fattispecie base, con ciò enfatizzandosi quel nesso che – come si è visto (*infra* par. 2 e par. 5.2) – già la giurisprudenza ravvisa – almeno nelle dichiarazioni di principio – tra reati di opinione di matrice politica e discorsi d'odio[687].

Non è stato inserito, invece, il requisito – ulteriormente selettivo – della pubblicità della condotta, rispetto al quale pure si era particolarmente acceso il dibattito parlamentare[688].

---

[683] Non sono mancati ricostruzione che hanno ravvisato nella fattispecie negazionista un titolo autonomo di reato. Sul punto, v. A. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo reato di negazionismo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim*., 3, 2016, 294.

[684] Sul dibattito, tra i tanti, E. FRONZA, *Negazionismo (diritto penale)*, in *Annali dell'Enciclopedia del diritto*, VIIII, 2015, p. 351; C. LEOTTA, voce *Negazionismo*, in *Digesto discipl. pen.*, Aggiornamento, X, 2018, 476 e D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 985 ss. e 991.

[685] In questo senso, con riguardo al disegno di legge, G.L. GATTA, *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in *Dir. pen. cont.*, febbraio 2015.

[686] Sui rischi di disapplicazione dell'aggravante del negazionismo v. G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Dir. pen. cont.*, luglio 2016, 34.

[687] In questo senso, C. LEOTTA, voce *Negazionismo*, cit.

[688] Il riferimento è all'emendamento 1.401 (c.d. D'Ascola) che sostituisce il requisito della pubblicità della condotta con l'espressione "in modo da cagionare concreto pericolo di diffusione".In proposito A. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche*, cit., 292 mette in luce come ancora più conforme ai principi costituzionali sarebbe stata la ripetizione di entrambi gli elementi a connotare ulteriormente la tipicità oggettiva dell'aggravamento di pena. Sul travagliato *iter* legislativo che ha condotto all'inserimento dell'aggravante v. anche S. DE FLAMMINEIS, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, in *Dir. pen. cont*., ottobre 2016.

Il carattere circostanziale del discorso negazionista non è però risolutivo di ogni problema emerso in dottrina. I dubbi sono sollevati sia sul piano dell'opportunità della scelta politico-criminale sia sotto il profilo tecnico-formale.

Sul primo versante, viene paventato un rischio di un'inaccettabile compromissione della libertà di manifestazione del pensiero e di ricerca scientifica, soprattutto se si tiene conto della consistenza residuale del pensiero negazionista in Italia e della vigenza, nel nostro ordinamento, di una serie di strumenti che, sebbene non diretti espressamente a punire il negazionismo[689], sarebbero stati applicabili (anche) a tutela del bene oggi protetto dall'art. 604 *bis*, co. 3, c.p.: si pensi alle fattispecie base dei discorsi d'odio e all'apologia di genocidio, eventualmente aggravate dai motivi abietti o futili[690].

Il profilo più problematico connesso all'incriminazione del negazionismo, sicuramente mitigato dalla scelta legislativa sulla natura circostanziale ma non del tutto eliminato, è rappresentato dall'individuazione del bene giuridico protetto. È difficile – se non impossibile –, infatti, ravvisare un oggetto di tutela che abbia i connotati di materialità e preesistenza necessari ai fini del rispetto della necessaria offensività della condotta[691].

A chi ha prospettato la necessità di tutelare l'ordine pubblico si è ribattuto che si tratterebbe di condotte ancora precedenti rispetto a quelle, pur eccezionali e richiedenti l'accertamento in concreto del pericolo, degli artt. 414 e 415 c.p.[692] Anche il riferimento all'esigenza di tutelare la verità storica e la dignità è apparso improprio, trattandosi di oggetti poco compatibili con il concetto di bene giuridico meritevole di tutela penale, oltre al fatto che è controversa l'esistenza di una verità imposta per legge[693].

È così prevalso il riferimento alla dignità dell'uomo in sé che, pur esponendosi a tutti i rilievi critici già denunciati (*infra* par. 5.1 e cap. 4 par. 4.1), appare qui evocata in una sua accezione particolarmente pregnante perché direttamente collegata alle vicende che hanno condotto alla sua solenne proclamazione[694].

---

689 Cfr. E. FRONZA, *Negazionismo*, cit., 648.

690 In proposito, F. GERMINARIO, *Negazionismo in Italia*, in *Dizionario dell'Olocausto*, a cura di LAQUEUR-CAVAGLION, Torino, 2004, 503 ss. sottolinea come l'assenza in Italia di un dato criminologico apprezzabile in materia di negazionismo avrebbe dovuto suggerire al nostro legislatore di valorizzare maggiormente le disposizioni di cui all'art. 7, dec. quadro 2008/913/GAI che antepone all'obbligo degli Stati di dettare norme penali *ad hoc* in attuazione alla fonte europea l'obbligo di garantire il godimento delle libertà di espressione e di associazione.

691 In questo senso, E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso e tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1025; A. CAVALIERE, *La discussione introno alla punibilità del negazionismo: i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2016, 1011 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale,* V, Milano, 2020, 62. Nel senso della meritevolezza di pena dei discorsi negazionisti e di una rivisitazione del concetto di bene giuridico v. G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso*, cit., 1057 ss.; D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont.*, gennaio 2014; A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa. "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Riv. it. dir. pubbl. cont. ed eur*., 1, 2006.

692 In questo senso, A. CAVALIERE, *La discussione introno alla punibilità del negazionismo*, cit., 1003.

693 In questo senso, A. CAVALIERE, *La discussione introno alla punibilità del negazionismo*, cit., 1004 e F. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *SiDi-Blog*, giugno. 2016.

694 Sulla dignità come bene protetto dalla fattispecie negazionista cfr. M. CAPUTO, *La menzogna*, cit., 310; A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit. XXVII; F. BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione*, cit., 6. In senso critico A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo*, cit., 1004 ss. e A. DI MARTINO, *Assassini alla memoria: strategie*

I problemi di compatibilità costituzionale della nuova figura sono stati, da ultimo[695], accentuati dalla punizione, accanto alla negazione, anche dell'apologia e della mera minimizzazione (grossolana), consistente nel discorso di chi afferma il fatto falso che i determinati avvenimenti storici carichi di significato siano sì avvenuti ma sporadicamente e in dimensioni più contenute o in forme meno aberranti. Assegnare un significato a tale ultimo sintagma è, a ben vedere, impresa esegetica già di notevole difficoltà per lo storico e dovrebbe rimanere del tutto preclusa al giudice. Se l'apologia può essere interpretata alla luce della lettura costituzionalmente conforme da tempo fornita dalla Consulta, più difficile si profila una interpretazione ortopedica di tale modalità alternativa. Per quanto si richieda, infatti, la sussistenza dei requisiti oggettivi delle fattispecie base, è evidente che il riferimento ad un parametro così elastico, sia con riguardo alla minimizzazione sia all'elemento quantitativo che la deve connotare, rischia di estendere eccessivamente l'area del penalmente rilevante e di porre problemi di compatibilità con il principio di determinatezza. Senza trascurare che ciò potrebbe produrre effetti negativi sul versante convenzionalmente tutelato della accessibilità delle norme penali e della prevedibilità delle sanzioni.

L'unico rimedio interpretativo per scongiurare il contrasto costituzionale si può forse rinvenire nel richiedere, ai fini dell'integrazione della minimizzazione penalmente rilevante, una finalità giustificazionista del discorso incriminato, secondo il canone utilizzato – come si vedrà (*infra* par. 6.1) – dalla Corte costituzionale spagnola nel 2007.

Tra gli altri problemi – di tipo tecnico-giuridico – che la nuova norma presenta vi è il fatto che il legislatore ha deciso di rinunciare, ai fini dell'integrazione dell'aggravante, al preventivo riconoscimento internazionale del fatto storico oggetto di negazione. L'eventuale accertamento è affidato al giudice, con tutte le conseguenze che derivano in termini di indeterminatezza della fattispecie e di diseguaglianza che possono conseguentemente derivarne. Se è vero che anche la soluzione giurisdizionale, per effetto della quale il crimine deve essere stato prima accertato da un giudice internazionale, non è immune da critiche perché rischia di pregiudicare il principio di eguaglianza a danno delle vittime di crimini che non sono stati giudizialmente accertati, è altrettanto incontestabile che tale scelta avrebbe prodotto quantomeno l'effetto positivo di delimitare il perimetro di rilevanza penale della fattispecie in esame.

Ancora, l'inadeguatezza della figura emerge anche con riguardo al trattamento sanzionatorio, nella misura in cui l'aumento è fisso e non proporzionato al differente disvalore dei delitti cui accede[696].

Un terzo profilo di grave criticità – successivo alla novella del 2017 – riguarda la difficoltà di coordinamento dell'art. 604 *bis*, co. 3, c.p. – nella parte in cui punisce l'apologia di genocidio o di un crimine contro l'umanità come aggravante di un delitto di istigazione o incitamento o propaganda razzista – con l'autonoma incriminazione dell'apologia di genocidio (reclusione da 3 a 12 anni) e l'apologia (e

argomentative in tema di rilevanza (penale?) del negazionismo, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei*, Milano, 2016, 205 ss.

[695] Il riferimento è all'entrata in vigore il 12 dicembre 2017, della legge europea 2017 (l. 20 novembre 2016, n. 167, "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea").

[696] C. LEOTTA, voce *Negazionismo*, cit., 479.

l'istigazione) dei crimini contro l'umanità (reclusione da 1 a 5 anni, aumentata della metà e fino a due terzi se il soggetto attivo si avvale del mezzo informatico o telematico). Già da un rapido confronto sulle pene, emerge come, stando al diritto vigente, sia punito più gravemente chi commette un'apologia di genocidio rispetto a chi ricorre all'apologia per istigare o fare propaganda di razzismo, ancorché questa seconda condotta appaia più offensiva della prima. Non possono sfuggire le conseguenze sul piano della ragionevolezza della previsione, anche ai fini di un eventuale sindacato di costituzionalità.

La legge europea del 2017 ha, altresì, inserito le fattispecie di propaganda, istigazione o incitamento al razzismo aggravati dal contenuto negazionista tra i reati presupposto della responsabilità da reato degli enti *ex* d.lgs. 231/2001 (art. 25 *terdecies*, rubricato «Razzismo e xenofobia»). La norma non è priva di profili problematici perché – avendo l'istituto della responsabilità degli enti una funzione preventiva rispetto alla commissione di reati e mettendo in moto un potere/dovere di controllo in capo all'ente – potrebbe sollecitare, applicata, come in questo caso, ai reati di opinione, forme indebite di ingerenza sul singolo.

Quanto detto, dunque, porta a ritenere che la nuova aggravante del negazionismo non si esima dai medesimi problemi riscontrati in relazione all'incriminazione dei discorsi d'odio, nelle cui dinamiche ben si inquadra quale offesa particolarmente grave perché inferta a gruppi vittime di genocidi in ragione proprio della loro presunta diseguaglianza, tramite la negazione o la minimizzazione grossolana di tali crimini e di tale sofferenza[697]. In questo senso, allora, anche tale fattispecie può essere ricondotta al nuovo modello di tutela c.d. personalistico apprestato dai reati di opinione, quale strumento di implementazione dei diritti fondamentali dei singoli.

6.1 L'esperienza spagnola: la posizione del *Tribunal Constitucional* sulla differenza tra negare e giustificare e la nuova fattispecie legislativa di negazionismo

Ad oggi, il negazionismo come reato è previsto dalla maggioranza degli Stati europei, che tutelano la propria memoria mediante il diritto penale[698]. Tuttavia, pur a fronte di questa opzione punitiva comune, si scorge un reato «a geografia variabile», che rileva la specificità delle singole tradizioni storiche, politiche e giuridiche[699].

---

[697] In questo senso cfr. A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 359 ss., la quale riconduce l'aggravante negazionista al paradigma conflittuale proprio dei reati di opinione in senso stretto. In argomento, v. anche E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso*. *Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1016.

[698] Sul punto C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., 218 fa riferimento a un «consolidato indirizzo di politica criminale» in materia di negazionismo.

[699] L'espressione è di E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit. 16 ss. L'Autrice descrive, seguendo le varie stagioni di penalizzazione, le differenze ordinamentali in tema di repressione del negazionismo individuando una spaccatura tra Stati che prevedono espressamente la punizione e Stati che preferiscono rimanere ancorati alle fattispecie generali contro l'*hate speech*. Per un'attenta ricostruzione della rilevanza penale del negazionismo, in una prospettiva anche comparatistica, v. G.M. TERUEL LOZANO, *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Estudio*

Nel corso del tempo, i margini della tutela si sono gradualmente estesi emancipandosi dal mero riferimento al genocidio ebraico, evento fondante per la costruzione dell'identità europea, fino a comprendere nuovi eccidi, la cui stigmatizzazione costituisce per ciascun ordinamento profilo di indefettibile riaffermazione del proprio diritto all'autodeterminazione[700].

La capacità circolatoria del reato, ripreso in contesti anche molti diversi, ne dimostra una sensibile *vis expansiva* che riflette una tendenza all'internalizzazione del diritto penale, secondo una prospettiva prima ascendente (dal livello nazionale al livello internazionale) e poi discendente[701].

Assieme a questi movimenti di interazione verticale riguardanti prevalentemente il dato legislativo, si mettono in moto movimenti di interazione orizzontale, segnatamente di tipo giudiziario, che contribuiscono anch'essi a determinare il volto concreto del reato di negazionismo e che rendono evidenti alcuni snodi problematici all'interno della più generale tendenza a giuridicizzare il passato[702].

Su quest'ultimo fronte è interessante, ai fini del presente lavoro, indagare l'atteggiamento tenuto in materia dalla giurisprudenza costituzionale spagnola[703]; se non altro perché rappresenta uno spunto per saggiare un possibile bilanciamento della libertà di espressione, valido anche con riguardo al nostro sistema[704].

L'ordinamento giuridico spagnolo, nonostante non abbia sofferto particolarmente il fenomeno, è stato uno dei primi Paesi ad introdurre un tipo penale che specificamente incriminasse le condotte negazioniste[705].

L'art. 607.2 c.p., nella sua formulazione originaria risalente al 1995, dopo aver contemplato nel primo comma il delitto di genocidio, puniva la mera diffusione, attraverso qualsiasi mezzo, di idee e dottrine che neghino o giustifichino i delitti di genocidio o che siano volte a riabilitare regimi o istituzioni che difendano pratiche generatrici del delitto di genocidio[706].

A tale proposito, un primo dubbio riguardava la possibilità di considerare condotte tipiche, tra quelle di negazione e giustificazione, anche quelle di banalizzazione o minimizzazione[707]. In secondo luogo, si

---

constitucional de los limites penales a la libertad de expresion en un orenamiento abierto y personalista, Madrid, 2015, 169 ss.

[700] In questo senso G. PUGLISI, *A margine*, cit.

[701] Tale riflessione è di E. FRONZA, *Il negazionismo come reato, cit.*, 12. L'Autrice fa riferimento alle dinamiche di internazionalizzazione del sistema penale (M. DELMAS MARTI, *Les forces imaginantes du droit. II. Le pluralisme ordonnè*, Paris, 2006)

[702] Su tale tendenza, cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato,* cit., 1 ss.

[703] Una accurata ricostruzione delle posizioni espresse dalle principali Corte costituzionali in materia di negazionismo è contenuta in P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla Decisione Quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17*, 3, 2011, 109 ss.

[704] Si è già detto della possibilità di servirsi dell'esegesi inaugurata dal TC per un'interpretazione restrittiva, per esempio, della nuova condotta di minimizzazione grossolana (*infra* par. 6).

[705] Così, A.H. CATALÀ Y BAS, *La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007*, in *Revista europea de derechos fundamentales*, 10, 2007, 181 ss.

[706] Sulla fattispecie di negazionismo (*alias* apologia di genocidio) contemplata dall'art. 607.2 c.p. cfr. J. L. TAMARIT SUMALLA, *Comentario al artículo 607*, in QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS (a cura di), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4, Pamplona, 2005, 2585.

[707] M. L. CUERDA ARNAU, *El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales*, in AA.VV., *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor Josè Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, 1134.

riteneva che il riferimento al genocidio dovesse essere inteso strettamente a fatti costitutivi del delitto tipizzato dal primo comma, il che, però, non esigeva un'espressa dichiarazione giudiziale di condanna in tal senso[708]. Il riferimento alla diffusione realizzata «*por cualquier medio*», poi, chiariva l'indifferenza dello strumento utilizzato per realizzare la negazione o la giustificazione[709].

Il principale aspetto problematico della fattispecie, da subito messo in luce dalla dottrina[710], atteneva all'eccesiva anticipazione della tutela penale, rispetto ai limiti generali rappresentati dall'istigazione e dall'apologia. Il secondo comma dell'art. 607 c.p., interpretato alla lettera, rappresentava una figura criminosa autonoma, il cui disvalore offensivo era ancorato al solo fatto di negare o giustificare il delitto di genocidio, senza che fosse presupposta alcuna forma incitatoria rispetto a quel reato; condizione quest'ultima dirimente ai fini della sanzionabilità delle condotte previste dall'art. 18 c.p.

L'evidente arretramento della soglia di intervento penale portava alla configurazione di un reato di pericolo presunto, in cui la negazione o la giustificazione del genocidio venivano considerati un rischio potenziale per beni di massima importanza, di per sé sufficiente per la repressione.

Sennonché, l'eccessiva sfumatura della dimensione offensiva, a fronte di un oggetto di tutela difficilmente ricostruibile in termini empirici effettivi, si poneva in tensione con la libertà di espressione, venendo l'apologia di genocidio ad essere intesa come un puro delitto di opinione[711].

Il *Tribunal Constitucional*, intervenuto sul punto, all'esito di un percorso logico-argomentativo non sempre lineare, approda ad una dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale della norma[712].

La Corte parte dall'individuazione dei termini del bilanciamento. Da un lato, la libertà di espressione che, in quanto idonea a fondare la legittimità democratico-rappresentativa dell'ordinamento, deve comprendere anche le idee «contrarie, scioccanti o capaci di inquietare lo Stato o una parte qualsiasi della popolazione». Dall'altro, la dignità umana, vera e propria «cornice al cui interno deve svolgersi l'esercizio dei diritti fondamentali», di cui la Costituzione non può permettere la violazione.

Così chiariti i termini del conflitto, la Corte verifica la correttezza del bilanciamento effettuato dal legislatore penale tra i beni giuridici contrapposti, rilevando la criticità dell'incriminazione contenuta nell'art. 607 co. 2 c.p. che non esige(va) alcun elemento supplementare, punendo la mera trasmissione di

---

[708] Così: M. L. CUERDA ARNAU, *El denominado delito de apología*, cit., 1134.

[709] Così: M. L. CUERDA ARNAU, *El denominado delito de apología*, cit., 1133.

[710] Sui rapporti tra negazionismo e figure generali di apologia e istigazione cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 14, Valencia, 2002, 736. Lo stesso rapporto si registra (*infra*, par. 4) con riguardo all'apologia di terrorismo punita dall'art. 578 c.p. spagnolo.

[711] In questo senso, con riguardo agli orientamenti giurisprudenziali maturati rispetto alla fattispecie di negazionismo, cfr. J. GÓMEZ NAVAJAS, *Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995 (algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal Núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)*, in *La Ley*, 3, 1999, 1848.

[712] TC, 7 novembre 2007, n. 235, *Varela,* in *http://www.tribunalconstitucional.es*, par. 7-8. La sentenza si occupa del caso del sig. Varela, proprietario e direttore di una libreria di Barcellona che pubblica, distribuisce e vende libri e altri materiali dal contenuto negazionista sulla persecuzione e sull'Olocausto prima e durante la Seconda guerra mondiale. Condannato in primo grado, lamentava il contrasto della figura delittuosa con il diritto costituzionalmente garantito alla libera manifestazione del pensiero (art 20, comma 1, CE).

opinioni (benché odiose), in sé neutra. La Costituzione spagnola, infatti, non permette di colpire la mera adesione ideologica a posizioni politiche, di qualunque tipo esse siano, non conformandosi al modello delle democrazie protette.

La parziale dichiarazione di illegittimità costituzionale si fonda sulla distinzione tra i due oggetti della condotta diffusiva punita dall'art. 607 co. 2 c.p.

La negazione dei delitti di genocidio costituisce la mera espressione di un punto di vista, senza che ciò implichi un giudizio di valore. Ne deriva che, anche laddove tali fatti siano assunti come storicamente certi, non può essere limitata, in quanto manifestazione del pensiero e, nello specifico, della libertà di ricerca storica e scientifica (art. 20 lett. b CE).

Diversamente, invece, la giustificazione dei delitti di genocidio comporta un inevitabile giudizio di valore che si esemplifica nella relativizzazione e negazione della loro antigiuridicità.

Conseguentemente, il *Tribunal*, dichiarando illegittimo l'art. 607.2 c.p., limitatamente alla negazione, salva la proibizione della giustificazione, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata[713]. Quest'ultima condotta, infatti, conserva il manto della punibilità, purché si ravvisi, in via ermeneutica, una incitazione indiretta a commettere genocidio, e cioè una sua provocazione.

Non sono mancate obiezioni a tale approdo[714]. In effetti, proprio la distinzione operata risulta problematica sia da un punto di vista teorico che pratico, essendo spesso negazione e giustificazione aspetti di una medesima argomentazione giuridica[715]. Del resto, le ragioni che hanno portato a considerare contrario alla Costituzione il delitto di negazionismo potevano essere predicate alla totalità dell'articolo, anche con riguardo alla giustificazione[716].

L'interpretazione adottata per far salva quest'ultima condotta, attraverso la figura dell'istigazione indiretta, non restituisce la dimensione materiale e offensiva ad una fattispecie che, in quanto autonoma dal pericolo concreto richiesto dall'art. 18 c.p., continua a presentare profili di tensione con la libera espressione[717].

---

[713] È interessante rilevare che la complessità del caso Varela non termina con la sentenza del *Tribunal Constitucional*, che da esso era stata generata, posto che l'*Audiencia Provincial de Barcelona* aveva stabilito che i fatti provati potevano essere riqualificati in termini di giustificazione del genocidio, confermando in tal senso la condanna. Sul tema è intervenuta anche Corte Edu, 5 marzo 2013, *Varela Geiss c. España* che considera l'imprevedibilità di siffatta riqualificazione, in assenza di notificazioni processuali in tal senso, garantendo al ricorrente un equo indennizzo.

[714] Sulla pronuncia, in senso critico, cfr., *ex multis*, G.M. TERUEL LOZANO, *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, cit., 2015, 348 ss.; C. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in *Quad. cost.*, 2008, 635 ss.; M. MARTINEZ SOSPEDERA, *Aplastar la serpiente en el huevo. Acera de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del c.p.*, in *Revista general de derecho*, 664-664, 2000, 99-116

[715] Nelle quattro opinioni dissenzienti che accompagnano la sentenza si parla di distinzione «*contradictoria*». L'aspetto è sottolineato da J. TAJADURA TEJADA, *Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario critico a la STC de 7 de noviembre de 2007*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 80, 2008, 243.

[716] Così, P. FERNANDEZ-VIAGAS, *El bárbaro civilizado. Al hilo de la STC 235/2007, de 7 de noviembre*, in *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, III, 2007, 2453 ss.

[717] In questo senso si esprimono J.A. LASCURAIN, *La libertad de expresión tenía un precio*, in *Revista Aranzadi Doctrinal* (*online*), 6, 2010.

Questi dubbi sono ulteriormente alimentati se si tiene conto del fatto che il bene giuridico protetto dal reato di negazionismo sembra riconducibile più che alla dignità e all'uguaglianza (più specificamente attinente ai discorsi d'odio razziale), allo sfuggente diritto alla verità che mal si presta ad essere oggetto di tutela penale[718].

La giurisprudenza che ha applicato il delitto successivamente alla rilettura costituzionale ha confermato tali incertezze, che riflettono l'ampiezza e indeterminatezza dell'art. 607. 2 c.p. Non vi è, infatti, univocità di vedute sul bene protetto, sulla dimensione offensiva, sul risultato lesivo temuto che fonda il rimprovero penale, né tantomeno sul grado di probabilità richiesto per la pericolosità della condotta[719].

L'esigenza di adeguare il delitto di negazionismo del genocidio alle indicazioni costituzionali è stata alla base della revisione legislativa degli artt. 510 e 607.2 c.p. operata con la LO 1/2015 del 30 marzo.

Tra le condotte tipizzate nel nuovo art. 510 c.p. si colloca, con una nuova redazione rispetto a quella contemplata nell'art. 607.2 c.p., anche la fattispecie negazionista (art. 510, co. 1, lett. c c.p.)[720].

Le azioni tipizzate sono quella di «negare», «banalizzare gravemente» ed «esaltare». L'oggetto di tali condotte deve riguardare non solo i delitti di genocidio, ma anche quelli di lesa umanità o contro persone e beni protetti in caso di conflitto armato, e, allo stesso modo, i loro autori. Quanto ai crimini negati, la nuova disciplina richiede che gli stessi siano commessi contro un gruppo o una parte dello stesso o contro una persona determinata per ragioni di appartenenza allo stesso. Il precetto penale richiede, poi, il requisito della pubblicità, in modo che restano impunite le condotte negazioniste realizzate in privato e contempla un'aggravante nel caso di utilizzo di mezzi di comunicazione sociale. Inoltre, si fa riferimento specifico anche ad un profilo soggettivo che circoscrive l'ambito di applicazione della norma alla motivazione discriminatoria.

La riforma affronta anche il nodo gordiano del delitto, rispetto a cui maggiormente si sono profilati i dubbi di legittimità costituzionale e include una clausola di pericolo che lo definisce come «delitto di clima», dovendo dalla condotta essere promosso o favorito un clima di violenza, ostilità, odio o discriminazione contro i gruppi in questione o i suoi membri. Tale elemento, emancipandosi dal pericolo astratto enucleabile dall'art. 607.2 c.p., configura un reato di pericolo concreto il cui risultato deve consistere nel favorire il già menzionato clima.

Se è vero che tale costruzione dà maggiore consistenza alla dimensione offensiva del reato, non può però negarsi che la stessa non risolva *de plano* tutti i dubbi di costituzionalità, posto che il «*resultado de*

---

[718] In questo senso, differenziando la condotta di negazionismo da quella dei discorsi d'odio in senso stretto, cfr. J. M. LANDA GOROSTIZA, *Incitación al odio: evaluación jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 c.p. y propuesta de lege lata*, in *Revista de Derecho penal y criminología*, 3, 7, 2012, 320 ss. In generale, sul controverso oggetto di tutela penale del negazionismo cfr. A. DE PABLO SERRANO, *El bien jurídico y otros problemas del delito de negación o justificación del genocidio (artículo 607.2 del Código penal). "Crónica de una muerte anunciada"*, in AA.VV., *Derecho penal internacional y memoria histórica: desafíos del pasado y retos del futuro*, Buenos Aires, 2012, 157 ss.

[719] La giurisprudenza successiva alla pronuncia della Corte costituzionale è analizzata da G.M. TERUEL LOZANO, *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, 398.

[720] Quanto alla fattispecie di giustificazione, salvata dal contrasto con la Costituzione, essa è confluita nel comma 2 lett. b) del nuovo art. 510 c.p.

peligro», definito come un generico clima, è eccessivamente aperto e obbliga il giudice a valutazioni, nel caso concreto, caratterizzate da un alto tasso di discrezionalità, con il rischio di pronunce che abbiano un fondamento più politico-sociale che giuridico.
Non è quindi scongiurato il superamento della configurazione del reato di negazionismo come delitto di mera opinione[721].

7. L'incerta natura dei reati di opinione in materia di pedofilia o pedopornografia

Nell'ambito del rafforzamento della tutela penale riservata ai minori, la legge n. 172 del 1 ottobre 2012 – di ratifica della Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale minorile firmata il 25 ottobre 2007[722] – ha introdotto nell'art. 414 *bis* c.p. i delitti di istigazione e pubblica apologia di pratiche di pedofilia e di pedopornografia, puniti con la reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni.
Nello specifico, la norma in esame, salvo che il fatto costituisca più grave reato, punisce chiunque, con qualsiasi mezzo e con qualsiasi forma di espressione, pubblicamente istiga a commettere, o ne fa pubblica apologia, uno o più delitti previsti dagli artt. 600 *bis* (prostituzione minorile), 600 *ter* (pornografia minorile) e 600 *quater* (detenzione di materiale pornografico), anche se relativi al materiale pornografico di tipo virtuale.
Si tratta, in sostanza, di due nuovi delitti di opinione che in nulla si distinguono dalle istigazioni e dalle apologie originarie del codice Rocco, anche quanto all'unificazione del trattamento sanzionatorio.
Entrambe le condotte devono avvenire "pubblicamente", ma il legislatore precisa, altresì, che esse possono essere realizzate «con qualsiasi mezzo e con qualsiasi forma di espressione», così togliendo ogni dubbio sul fatto che vi rientri anche la diffusione o "messa a disposizione" in rete, e dunque anche nei *social network,* di materiale pedopornografico[723].
La norma, fin dalla sua introduzione, ha destato molteplici perplessità negli interpreti, soprattutto con riguardo alla sua natura e ai suoi profili di legittimità costituzionale.
È innegabile che la condotta espressiva punita si connoti per profili di particolare – e orribile – disvalore sociale.
Da ciò una parte della dottrina ha tratto la conclusione che le nuove fattispecie non condividano i profili problematici riconoscibili alla categoria dei reati di opinione, come in questo lavoro delineata. Nell'attuale

[721] Sembra concordare con tale soluzione anche G.M. TERUEL LOZANO, *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera*, cit., 421 quando, pur apprezzando il tentativo di ricondurre la fattispecie negazionista nei binari costituzionali, mette in evidenza come anche il pericolo concreto sollevi problemi di costituzionalità quando configura un delitto «*de clima y aún más un delito de opinión*».
[722] In argomento V. MASARONE, *Il minore come vittima: la tutela penale contro lo sfruttamento sessuale dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *Crit. dir.,* 2012, 217 ss.
[723] In questo senso L. PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali,* in *Giur. mer.,* XII, 2012, 2522.

società e momento storico non si porrebbe, infatti, alcun problema di tutela di tali contenuti di pensiero, non tanto perché non rientra nell'ambito applicativo dell'art. 21 Cost. ma in quanto il valore di tali opinioni è unanimemente considerato così esiguo da non far sorgere alcuna specifica esigenza di tutela[724].

Non è peregrino però seguire un'altra prospettiva. A suscitare più di qualche incertezza è, oltre all'indeterminatezza della descrizione della fattispecie, la sua collocazione sistematica quale reato di pericolo astratto a tutela dell'ordine pubblico, se si considera che i c.d. reati-scopo, oggetto dell'istigazione, sono viceversa tutti riconducibili nel titolo XII, relativo ai delitti contro la persona.

Tale argomento non è neutro, ma può dare delucidazioni importanti sui veri scopi dell'incriminazione che, più che diretta a proteggere in via rafforzata i minori, pare tutta proiettata a criminalizzare la nuova categoria criminologica del tipo d'autore "pedofilo".

In questo senso è significativa, altresì, la deroga che la norma fa, in termini tassativi ed assoluti, a eventuali cause di non punibilità. Se non possono essere invocate, a propria scusa, ragioni o finalità di carattere artistico, letterario, storico o di costume è precluso, in sostanza, l'ordinario bilanciamento concreto fra interessi e diritti oggetto di tutela penale, e quelli il cui esercizio escluderebbe – pur nel rispetto dei relativi limiti interni ed esterni – l'illiceità del fatto tipico[725].

Del resto, penalizzazione ad ampio spettro e ai margini con la libertà di esprimere le proprie opinioni – non vi è dubbio odiose e terribili – sono accentuate dall'anticipazione estrema della tutela penale che questa materia registra e che di recente è stata avallata dalla giurisprudenza della Cassazione. Le Sezioni Unite hanno escluso, infatti, dalla tipicità del reato di pedopornografia minorile (art. 600 *ter* c.p.) il pericolo concreto di diffusione del materiale pedopornografico che, in quanto immanente attesa la generalizzata accessibilità alle tecnologie, non va più accertato giudizialmente[726]. L'innesto della fattispecie istigatoria – o addirittura apologetica – a tale delitto comporta quindi un doppio arretramento dell'intervento penale, rendendosi punibile anche una generica condotta istigativa, volta soltanto a sollecitare la detenzione di materiale pedopornografico virtuale.

Per queste ragioni, si è ritenuto che tali fattispecie costituiscano un esempio emblematico di come anche in un assetto democratico-costituzionale si avverta la necessità dello schema dei *crimina laesae maiestatis* in settori non più e non solo di tipo pubblicistico, ma in aree in cui rilevano gli aspetti personali della vita delle persone.

[724] Per questa prospettiva v. A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 401.
[725] Sull'importanza sistematica di tale clausola *infra* cap. 4 par. 2.2.
[726] Cass., Sez. Un., 15 novembre 2018, n. 51815 su cui, in senso critico, v. G. AMARELLI, *Pornografia minorile: le Sezioni Unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in *Giur. It*., maggio 2019, 1206 ss.

CAPITOLO IV

LA LEGITTIMITÀ (GENERALE) DEI REATI DI OPINIONE TRA DEMOCRAZIA E PRINCIPI PENALISTICI

SOMMARIO

1. Dalla distinzione dei modelli di reato di opinione all'esame comune della loro legittimità. – **2.** La punizione dell'opinione alla prova della libertà di espressione: il ruolo sistematico dell'art. 21 Cost. – 2.1. *La libertà di espressione come criterio delimitativo della tipicità offensiva: il modello tradizionale*. – 2.2. *La libertà di espressione come causa di giustificazione* ex *art. 51 c.p.: una dimensione inedita ma possibile*. – 2.2.1. *L'efficacia scriminante nel (diverso) terreno dei reati contro l'onore e la reputazione.* – **3.** La punizione dell'opinione alla prova dei principi fondamentali del diritto penale. – **4.** La prospettiva tradizionale tra materialità e offensività: l'*an* della punizione. – 4.1. *La difficile individuazione dei confini dei beni giuridici protetti: quale ruolo per la dignità?*. – 4.2. *La* probatio diabolica *del giudizio prognostico-psichico nel pericolo concreto implicito: un «abisso che solo la fantasia può misurare»*. **5.** Le ultime frontiere: il *quomodo* ed il *quantum* della punizione. – **6.** La indeterminatezza congenita e la imprevedibilità dei precetti: i risvolti processuali. – **7.** La proporzionalità della pena detentiva per le limitazioni penalistiche della libera espressione: l'*input* convenzionale e i casi limite. – 7.1. *La valorizzazione della logica rieducativa e il ripudio di sanzioni de-socializzanti: il contatto con la dimensione socioculturale avversata*. – 7.2. I *rapporti con la soluzione in tema di ingiuria (cenni)*. – 7.3. *Le nuove prospettive della legge n. 134/2021 (c.d. Cartabia).* **8.** L'*extrema ratio* del diritto penale tra razionalizzazione dei reati di opinione, ripudio del simbolismo penale e politiche multidisciplinari. – **9.** Il rischio del *chilling effect* rispetto alle espressioni legittime dei pensieri scomodi.

1. Dalla distinzione dei modelli di reato di opinione all'esame comune della loro legittimità

L'analisi finora svolta ha descritto come il bilanciamento costituzionale sulle limitazioni penalistiche alla libera espressione apprestate a fronte della tutela di opposti contro-interessi si declini nell'attuale ordinamento democratico.

Allo scopo, si è evidenziato che, ad oggi, il nostro sistema punitivo dei reati di opinione si compone di due modelli con cui il legislatore italiano sceglie di arretrare la soglia di intervento penale ai margini della mera manifestazione del pensiero[727].

Un primo modello – che si è definito pubblico statuale (o politico) – si serve di tali fattispecie come strumento di presidio anticipato degli assetti istituzionali nella direzione dello Stato.

L'origine di tale forma di incriminazione delle opinioni è antichissima, risalendo alla prospettiva autoritaria dell'*instrumentum regni* del *crimen laesae maiestatis* che, con le precisazioni effettuate nel cap. I, pare riflessa anche nell'impostazione originaria del Codice Rocco.

[727] Per una analoga distinzione di due modelli concettuali nell'ambito della categoria generale dei reati di opinione dell'attuale sistema democratico v. A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?,* cit., 320 ss. che parla di «scenari "classici" e "nuovi" della "parola pericolosa"». In un senso analogo cfr. anche L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 164 ss., la quale, nel tentativo di proporre una categoria finalmente laica e non più asservita alla difesa di alcuna ideologica, pare presuppore una dicotomia tra reati di opinione politici e reati di opinione posti a tutela di beni individuali, con conseguenze rilevanti in punto di sindacato di costituzionalità.

Si è detto che la sicura messa in crisi di tale impalcatura con l'entrata in vigore della Costituzione e dei suoi principi fondamentali non ha impedito allo schema in questione – emancipato dai tratti più marcatamente repressivi – di continuare ad operare anche nel moderno contesto democratico.

Del resto, l'opzione è stata avallata dallo stesso giudice dei diritti che, a partire dagli anni Sessanta, ha dato di siffatto strumentario un'interpretazione ortopedica che, tramite correttivi ermeneutici non esenti da critiche, ha finito per salvare la maggior parte delle fattispecie d'opinione.

Il recupero di tale tipologia di reati – tendenza non esclusiva del sistema italiano[728] – si è registrato, particolarmente, con riguardo all'istigazione e/o apologia di terrorismo e alla propaganda fascista.

Al cospetto di tali fenomeni, la contrapposizione "verticale" tra individuo e autorità, letta nella sua dimensione costituzionale, porta a limitazioni della libera espressione in favore della tutela della sicurezza collettiva, più che dell'ordine pubblico, da leggiere in una concezione meramente ideale difficilmente individuabile in concreto.

Il secondo modello – che si è definito di matrice personalistica – utilizza, invece, la categoria dei reati di opinione come inedito strumento per implementare i diritti fondamentali della persona umana, valorizzati dall'art. 2 Cost.

L'esigenza è in questo caso relativa alla tutela dei beni della dignità e – in una qualche misura – della memoria, idonei ad appore limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero da tali interessi messa in pericolo.

Il fulcro di questo settore, in cui si scontrano gruppi di individui – normalmente minoranze e maggioranze individuate in base a vari aspetti – della medesima società democratica (c.d. conflitto "orizzontale"), è espresso dai c.d. discorsi d'odio e dal negazionismo, a cui l'art. 604 *bis* c.p. appresta la relativa protezione penale.

Sullo sfondo di entrambi gli schemi di reato di opinione resta la consapevolezza della difficoltà di tali contemperamenti tra interessi opposti. Di modo che, come si è dimostrato, l'equilibrio di volta in volta raggiunto sarà cangiante e mutevole rispetto alle contingenze del caso specifico, nonché profondamente influenzato dai mutamenti delle condizioni politiche e dall'avvento dell'uso del mezzo *Internet*.

Sennonché, la fisiologica distanza tra questi due modelli in ordine al tipo di bilanciamento effettuato si riduce sensibilmente quando si tratta di vagliarne la legittimità.

Infatti, al di là delle differenze relative ai beni tutelati e alla funzione politico-criminale conseguentemente attribuita al reato di opinione, i due prototipi descritti presentano un dato comune innegabile rappresentato dalla tecnica di incriminazione, sia sul versante propriamente normativo sia su quello che attiene all'accertamento in concreto[729]. Vale a dire che tutti i reati oggetto del presente studio si caratterizzano per una sensibile anticipazione legislativa dell'intervento penale nella forma del pericolo (strutturalmente

[728] Si è fatto riferimento ad una tendenza analoga anche nel sistema spagnolo (*infra* cap. 3 par. 4).
[729] In questo senso, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 367 ss., 373 ss.

presunto ed ermeneuticamente concreto) innestata su forme di causalità psichica, cui consegue sul piano giudiziale il problema legato all'accertamento della – fragile[730] – offensività in concreto.

Del resto, poi, la stessa diversità degli interessi protetti sfuma se si tiene conto, come si dirà meglio, che la natura normativo-ideale della sicurezza/ordine pubblico non è estranea neppure alla pari dignità che, pur presentando un saldo aggancio in Costituzione e consentendo una maggiore definizione dell'oggetto della tutela, finisce per coincidere con un macro bene giuridico[731].

Ne deriva che entrambi i modelli tratteggiati condividono caratteristiche strutturali comuni, dando vita a problemi applicativi, alimentati dalla recente diffusione degli strumenti di comunicazione di massa, in buona parte sovrapponibili.

Per queste ragioni, i profili di legittimità della categoria dei reati di opinione saranno indagati in generale, guardando alla materia nel suo complesso.

Come si è anticipato, le attuali disposizioni incriminatrici, che siano riconducibili al tradizionale modello pubblico-statuale o che siano ricostruibili secondo la nuova dimensione personalistica, sollevano una pluralità di dubbi di costituzionalità. La questione non è rifiutare *tout court* l'esistenza della categoria ritenendo che le tante criticità strutturali di tali fattispecie, al di là del modello di riferimento, conducano a un netto divieto per il legislatore democratico di incriminare o mantenere l'incriminazione del pensiero scomodo e della parola pericolosa[732].

Piuttosto, in un ordinamento liberal-democratico la centralità non solo della libertà di espressione ma anche dei contro-interessi che questa fronteggiano può giustificare la discrezionalità parlamentare nella delicata valutazione circa la meritevolezza ed il bisogno di pena in tale materia. Ciò vale a condizione che, però, le norme penali che puniscono le mere manifestazioni di pensiero siano legislativamente costruite e giudizialmente interpretate in termini compatibili con l'odierno assetto costituzionale.

I principali nodi gordiani da sciogliere riguardano, da un lato, la violazione dell'art. 21 Cost. e dunque di un principio cardine del sistema democratico e, dall'altro, la tensione con i capisaldi del diritto penale costituzionalmente orientato (materialità, offensività, legalità/determinatezza, frammentarietà, solo per dirne alcuni).

Si badi. L'approccio unitario e trasversale nel ripensamento della materia in linea con i principi penali liberali non significa sottovalutare gli aspetti peculiari corrispondenti a ciascuno schema punitivo

---

[730] Così M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2020, 1020 con riguardo alla struttura dei reati di opinione.

[731] In questo senso, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 165 ss. L'Autore parla di una «indimostrabilità della dannosità» che accomuna pubblica istigazione e propaganda razzista e, più in generale, la quasi totalità dei reati imperniati su un *dicere*. Il rilievo critico è condiviso dalla quasi unanime dottrina che si è occupata del tema (*infra* cap. 3 par. 5.1).

[732] L'opzione è stata proposta da una parte autorevole della dottrina. Cfr., per tutti, la dura posizione di C. FIORE, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, cit., 893, 895, il quale sottolinea la netta incompatibilità con il quadro disegnato dalla Costituzione delle norme in parole, anche a seguito dell'uso improprio delle stesse come strumento di repressione del dissenso politico.

individuato che, come finora si è ampiamente detto, si riflettono soprattutto sulla relativa e distinta *ratio* politico criminale.
È innegabile, infatti, che la composizione del bilanciamento sia oltremodo delicata con riferimento ai reati di opinione di matrice politica. E non senza ragione: è rispetto alla tutela degli interessi dello Stato che l'anticipazione dell'intervento penale per la mera contestazione verbale dell'ordine costituito appare più problematica.

2. La punizione dell'opinione alla prova della libertà di espressione: il ruolo sistematico dell'art. 21 Cost.

Punto di partenza fondamentale per la valutazione della legittimità dell'odierno assetto della punizione dell'opinione e per un conseguente ripensamento della materia nel suo complesso è rappresentato dal diritto alla libertà di manifestazione del pensiero.
Si è già visto, infatti, che la cifra problematica comune e propria dei reati di opinione – tanto da rappresentarne il *discrimen* rispetto all'incriminazione di altre forme comunicative – è la potenziale conflittualità con siffatta libertà, garantita a tutti dall'ampia portata dell'art. 21 Cost.[733]
Se così è, allora, una rilettura generale della categoria non può prescindere dalla sua considerazione alla luce dei molteplici profili che tale diritto implica e dalla esatta individuazione dei limiti – interni od esterni, espressi o impliciti – ad esso riferibili.
La tensione con la libera espressione, infatti, lungi dal poter essere negata in radice, si traduce, a seguito del bilanciamento di interessi affrontato in astratto dal legislatore sempre sulla base dei valori riconosciuti dalla Costituzione, in corrispondenti fattispecie laddove siano superati i limiti ritenuti operabili.
In questo senso, quindi la libertà di cui all'art. 21 Cost. può essere utilizzata come lente per mettere alla "prova" il sistema attuale dei reati di opinione.
Di questo tema si è già ampiamente trattato, sottolineando la centralità che il diritto in questione assume nel sistema disegnato dalla Costituzione e dalle Carte sovranazionali dei diritti e la delicatezza dell'operazione di individuazione di limitazioni penalistiche allo stesso, a fronte dell'esigenza di salvaguardia di alcuni interessi contrapposti, pure dotati di una certa rilevanza, identificati nella sicurezza/ordine pubblico e nella pari dignità e memoria[734].
È ora interessante declinare tali riflessioni a livello di generale del reato, concentrando l'attenzione su come il carattere fondamentale di tale libertà possa concretamente incidere sulla definizione dei reati di opinione e sulla soluzione giudiziale delle controversie che li riguardano.

[733] *Infra*, cap. 1 e 2. e dottrina ivi citata.
[734] *Infra*, cap. 1 e 2 e dottrina ivi citata.

Sul punto, va rilevato che, in generale, all'interno della struttura dell'illecito penale, la libertà di espressione può venire in rilievo in una duplice direzione.

Innanzitutto, essa può operare come criterio delimitativo della tipicità offensiva. In questi casi si ritiene, cioè, che la parola pericolosa incriminata ricada direttamente nell'esercizio della libertà di espressione e ciò è sufficiente ad escludere, alla base, la possibilità di ritenere integrato il modello delittuoso legislativamente previsto.

Allo stesso tempo, l'art. 21 Cost. può lasciare intatta la tipicità criminosa, eppure avere una sua incidenza sul versante dell'antigiuridicità della condotta incriminata che, pur corrispondendo alla fattispecie astratta, può risultare in concreto priva del carattere di ingiusto quando è facoltizzata nell'ordinamento giuridico.

In questi altri casi, la ragion d'essere della non punibilità riposa sul principio di non contraddizione interno al sistema e segue la logica del *qui suo jure utitur neminem laedit*: prevale l'interesse di chi agisce esercitando il diritto alla libera espressione rispetto agli altri interessi eventualmente confliggenti e tutelati dal reato di opinione. La punibilità, in altri termini, è esclusa perché l'esigenza di unità dell'ordinamento impone di considerare lecito un comportamento che, pur riconducibile al tipo di un reato, è al tempo stesso espressamente facoltizzato da una diversa norma del sistema[735].

La questione non è meramente teorica ma, come si vedrà, densa di ricadute applicative[736]. Al di là della differente formula assolutoria utilizzabile a seconda di come si valuti l'impatto dell'art. 21 Cost. nella struttura del reato, la distinzione si riflette sulla possibilità di riconoscere spazi ulteriori, al di là di quelli classici, per valutare – nella prassi giudiziaria – la legittimità dei reati di opinione e, dunque, di incidere sull'esito dei processi aventi ad oggetto tali fattispecie.

2.1. La libertà di espressione come criterio delimitativo della tipicità offensiva: il modello tradizionale

[735] Tale fondamento alla scriminante dell'esercizio del diritto *ex* art. 51 c.p. è riconosciuto dalla maggioranza degli Autori che si sono occupati del tema. Cfr., *ex multis*, I. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965; A. LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, 5; D. PULITANÒ, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 320; P. SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2008. Anche nella manualistica si spiega l'esimente in tal senso. Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 271 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 240; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 6, Milano, 2017, 282 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 4, 2013, Torino, 344.

[736] In generale, la tematica dei rapporti tra tipo e giustificazione – nel presente lavoro declinata con riguardo ai reati di opinione e al ruolo strutturale della libera espressione – è stata oggetto di grande dibattito in dottrina. Per un approfondimento di tale prospettazione a livello di teoria generale del reato, e non limitata ai reati di opinione, cfr. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1190 ss. Nella manualistica, per la relazione tra norme di divieto e norme permissive nella struttura dell'illecito penale cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 325 ss. Più di recente, sul rapporto tra giustificazione e incriminazione come antinomia giuridica sussistente fra due disposizioni, entrambe astrattamente applicabili ad una medesima fattispecie concreta cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2019, 419-510.

La considerazione della libertà di espressione come elemento strutturale in negativo delle fattispecie d'opinione e, quindi, come criterio delimitativo della tipicità offensiva di queste rappresenta il modello tradizionale in materia.

La ricostruzione – operata nei capitoli precedenti – dello *status quo* nei rapporti tra l'art. 21 Cost. e i due schemi di reato di opinione ha dimostrato come la giurisprudenza faccia venire in rilievo il diritto alla manifestazione del pensiero nella fase del giudizio in cui l'interprete definisce il perimetro dell'offesa tipica[737]. L'ambito di applicazione della ipotesi criminose oggetto di studio, corrispondenti sia allo schema pubblico-statuale (politico) sia a quello più propriamente personalistico, viene infatti ridotto alle sole dichiarazioni concretamente ed immediatamente idonee a ledere ora l'ordine/sicurezza pubblica ora la dignità umana, e cioè a quelle dotate di elevata potenzialità criminogena. A tutte le altre ipotesi, invece, si assegna il rango di esercizio della libertà di espressione.

Nelle argomentazioni giudiziali, l'istigazione e l'apologia – ma lo stesso discorso vale anche per la propaganda – sono considerate lecite non quando risultano tipiche e scriminate dalla libertà di espressione, bensì quando sono atipiche ai sensi della norma incriminatrice interpretata alla luce del principio di offensività (in concreto)[738].

Tanto è vero che la formula assolutoria utilizzata in questi casi non è quella che indica la sussistenza di una scriminante ("perché il fatto non costituisce reato"), bensì l'assenza dell'elemento oggettivo del reato ("perché il fatto non sussiste")[739].

---

[737] In argomento sul concetto di fatto tipico come specifica categoria penalistica, sotto angolazioni diverse, cfr., *ex multis*, G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1992, 152 ss.; G. VASALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in ID. (a cura di), *Scritti giuridici*, Milano, 1997, I, II, 893 ss. Per la ricostruzione dei fatti tipici inoffensivi cfr. anche F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss. Per l'ampia evoluzione del concetto di fattispecie in diritto penale cfr. A. GARGANI, *Dal* corpus delicti *al Tatbestand*, Milano, 1997, *passim*.

[738] Sul principio di offensività in concreto cfr., *ex multis*, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 129 ss., 209 ss.

[739] Tale prospettazione è valida se si aderisce, in tema di teoria generale del reato, alla concezione c.d. tripartita – seguita dalla maggioranza della dottrina – o quadripartita in cui si attribuisce all'antigiuridicità il ruolo di categoria autonoma dell'illecito penale. Sul punto, cfr., *ex multis*, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 185 ss.; T. PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sull'origine dell'antigiuridicità obiettiva*, in *Riv. it. dir proc. pen.*, 1983, 532; G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 130 ss.; D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Morano, 1961. È noto però che una parte della dottrina neghi che l'antigiuridicità obiettiva costituisca un elemento autonomo del reato, accanto al fatto tipico e alla colpevolezza, ricorrendo al concetto di elementi negativi del fatto che, cioè, devono mancare perché l'illecito penale si configuri. In questo ultimo senso, si muove la ricostruzione di M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 18 ss.; C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1960, 142 ss.; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 142 ss.; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, 2, Torino, 1993, 277 ss.; A. FIORELLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1987, 771 ss. Viene da sé che per i teorici degli elementi negativi del fatto, la presenza di una scriminante conduce alla formula assolutoria "perché il fatto non sussiste". Per una impostazione nettamente favorevole a costruire anche l'antigiuridicità come categoria penalistica, muovendo da una concezione teleologica del reato che affonda le radici nei fini della pena, v. F. SCHIAFFO, *Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica del reato*, Napoli, 1988, 78 ss. e A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, 430 ss. Per una approfondita ricostruzione dei profili critici connessi sia alla tripartizione che alla bipartizione cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 197 ss.

Tale impostazione sul ruolo strutturale dell'art. 21 Cost. è il riflesso del consolidato e risalente orientamento giurisprudenziale in materia di delitti di opinione, secondo cui i fatti incriminati ricadono nell'esercizio della libera espressione solo quando non creano pericolo per i beni protetti, ossia non risultano concretamente e attualmente idonei, alla luce del contesto storico e sociale di riferimento, ad esortare i loro destinatari ad altrettante violazioni della legge penale.

L'indirizzo, come si è visto (*infra* cap. 2, par. 5.1), è l'applicazione del principio di diritto affermato a partire dalla sentenza n. 65 del 1970 della Corte costituzionale con riguardo specifico all'apologia di reato e alla sua compatibilità con la libertà sancita dall'art. 21 Cost.

Pronunciando una sentenza interpretativa di rigetto, i giudici costituzionali ritennero legittima la previsione codicistica, a condizione però che restassero espunte dall'area della rilevanza penale le condotte prive di potenzialità criminogena, da considerarsi – soltanto loro – esercizio della libertà di espressione. In questo senso, la propalazione punibile «non è la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti».

Al di là delle già rilevate criticità di una siffatta soluzione, si è detto che la giurisprudenza successiva ha seguito all'unanimità, almeno nelle dichiarazioni astratte, lo schema in questione, facendone il canone ermeneutico volto ad armonizzare l'intero assetto dei reati di opinione con i principi costituzionali. Il metodo proposto, infatti, è stato indifferentemente applicato a tutte le fattispecie di apologia e istigazione contemplate dal sistema e, anche, a quelle più specificamente incentrate sulla propaganda[740]. L'indirizzo, in definitiva, costituisce l'esito del bilanciamento con lui la Consulta ha affrontato il problema dei reati di opinione, ammettendo limitazioni penalistiche alla libertà di manifestazione del pensiero.

Ebbene, a livello di teoria generale del reato e di struttura dell'illecito penale, la definizione di tale contemperamento tra gli interessi opposti si esaurisce, nel ragionamento dei giudici, sul versante del fatto tipico.

Nello specifico, i fatti istigatori e apologetici (ma anche propagandistici) penalmente rilevanti sono solo quelli connotati dal pericolo concreto, quale requisito – positivo – di carattere implicito introdotto in via ermeneutica alla luce del principio di offensività in concreto come stratagemma per salvare dal contrasto costituzionali i delitti d'opinione.

La mancanza di tale elemento d'offesa rende, invece, le condotte mere manifestazioni del pensiero, non punibili perché rientranti nell'alveo della tutela apprestata dall'art. 21 Cost.

Seguendo tale approccio, in definitiva, il diritto alla libera espressione diventa un elemento – negativo – della fattispecie tipica di tutti i reati di opinione, anch'esso individuato in via interpretativa. Ciò significa che la sua presenza, correlata biunivocamente all'assenza del menzionato requisito positivo del pericolo

[740] *Infra* cap. 2, par. 5 e cap. 3 par. 5.2. e dottrina ivi citata.

concreto, fa venire meno lo stesso fatto tipico[741], con la conseguenza che la formula di proscioglimento da adottarsi sarà quella – effettivamente invalsa nella prassi giudiziale in materia – "perché il fatto non sussiste"[742].

2.2. La libertà di espressione come causa di giustificazione *ex* art. 51 c.p.: una dimensione inedita ma possibile

La presa d'atto del ruolo strutturale che la giurisprudenza – costituzionale prima e di legittimità e di merito poi – affida alla libertà di espressione, quale criterio delimitativo della tipicità offensiva di tutti i reati di opinione, non impedisce di prospettare una ricostruzione alternativa, in grado di tenere conto della *vis expansiva* dell'art. 21 Cost.[743]

Come si è anticipato, la tesi è quella dell'invocazione di tale disposizione ai sensi dell'art. 51 c.p., come possibile causa di giustificazione di dichiarazioni integranti un delitto di opinione.

L'idea è servirsi della libertà di espressione come strumento per verificare se la condotta istigatoria, apologetica o propagandistica, ancorché tipica dal punto di vista dell'offesa e, quindi, effettivamente lesiva dell'ordine/sicurezza collettiva o della dignità, sia da considerarsi nondimeno lecita alla luce di un corretto bilanciamento tra gli interessi confliggenti in campo.

In questo modo, il contemperamento tra i valori in gioco non si esaurirebbe nella sfera della sussunzione del fatto nel modello legale astratto e nella valutazione, tutt'interna al fatto tipico, della sua offesa in concreto[744], ma potrebbe aprire varchi inediti di non punibilità di condotte autenticamente criminogene che, però, in concreto risulterebbero appunto giustificate nel sistema democratico attuale.

---

[741] La logica in esame che distingue tra elementi positivi e negativi della fattispecie tipica ricalca un'argomentazione diffusa tra gli interpreti in tema di consenso dell'avente diritto. Si ritiene, infatti, che esulino dalla specifica sfera di operatività della causa di giustificazione *ex* art. 51 c.p. le ipotesi nelle quali il consenso costituisce un elemento, la cui presenza fa venire meno lo stesso fatto tipico (c.d. consenso improprio). Si consideri, ad es., la fattispecie della violazione di domicilio (art. 614 c.p.): in questo caso il dissenso dell'avente diritto è un elemento costitutivo del fatto illecito, per cui l'eventuale consenso di colui che ha il diritto di escludere l'estraneo dalla privata abitazione impedisce che si integri la fattispecie oggettiva del reato. La conseguenza che se ne ricava attiene non solo alla formula assolutoria, ma anche ai requisiti del consenso che saranno desumibili dalla singola norma di riferimento e all'elemento soggettivo, non operando le regole di cui agli artt. 59 e 118 c.p. dovendo il consenso improprio entrare nel fuoco del dolo. Rispetto a tali riflessioni, l'applicazione del ragionamento ai reati di opinione e all'esercizio del diritto alla libera manifestazione del pensiero si caratterizza per il carattere implicito di tali elementi nel fatto di reato. In dottrina, in generale sul tema del c.d. consenso improprio cfr., tra gli altri, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 265; R. PANNAIN, *Appunti intorno alla scriminante o esimente del consenso dell'avente diritto*, in *Arch. pen.*, 1971, I, 345; F. GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, Roma, 1924; L. LOGUERCIO, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1955.

[742] Sul rilievo delle formule di proscioglimento, e sulla loro configurazione attuale anche in rapporto alle opzioni della dogmatica penalistica, cfr., per tutti, M. DANIELE, voce *Proscioglimento (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, Milano, 2008, 894 ss.; F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, 2014, 175 ss.

[743] Per uno stimolo a questa prospettiva che riconosce il ruolo scriminante dell'art. 21 Cost. anche ai reati di opinione a tutela dell'ordine pubblico (pubblica istigazione e apologia *ex* art. 414 c.p.) cfr. S. ZIRULIA, *"La Tav va sabotata": Erri De Luca assolto dall'accusa di istigazione a delinquere*, cit.

[744] Si tenga presente che i rapporti tra fatto tipico e offesa sono nient'affatto che pacifici in dottrina. Da un lato, per i fautori della concezione realistica del reato la verifica dell'offensività in concreto di un fatto conforme allo schema legale va operata nell'alveo della figura generale del reato impossibile (art. 49 co. 2, c.p.). In questo senso si muovono le

Ciò significa che la propalazione, pur quando sia effettivamente idonea ad esortare i suoi destinatari alla commissione di reati secondo i prismi individuati dalla Corte costituzionale, potrebbe essere sottoposta ad un vaglio ulteriore; di modo che il bilanciamento tra libertà di espressione e contro-interesse tutelato non sia limitato una volta e per tutte al pianto della tipicità offensiva ma sia declinato con riguardo al caso concreto in termini di antigiuridicità ai sensi dell'art. 51 c.p.

Del tutto evidente è la rilevanza pratica del quesito che incide, in ultima istanza, sugli spazi di – maggiore o minore – libertà connessi alla punizione delle parole pericolose e va dritto quindi al nucleo della materia. Di fronte ad una dichiarazione istigatoria (apologetica o propagandistica) concretamente idonea a mettere in pericolo il bene tutelato dalla norma incriminatrice, se si applicasse pedissequamente il principio enucleato dalla Corte costituzionale, il giudice non avrebbe altra strada se non quella della condanna dell'eventuale imputato.

Viceversa, qualora si riconoscesse all'art. 21 Cost. anche il ruolo di causa di giustificazione in senso stretto, allora l'interprete sarebbe chiamato a svolgere un ulteriore bilanciamento tra gli interessi contrapposti nel caso concreto, e la partita della responsabilità penale dell'imputato avrebbe *chances* di riaprirsi sul piano dell'antigiuridicità della condotta.

La prospettiva suddetta pare del tutto plausibile e coerente con il sistema nel suo complesso.

Innanzitutto, è pacificamente riconosciuto che un'azione costituente reato possa essere portatrice, allo stesso tempo, del disvalore tipicamente connesso con il realizzarsi dell'illecito penale e di valori etico sociali di segno positivo. Tant'è vero che lo stesso art. 62 n. 1 c.p. prevede un'attenuante comune nei casi di reati commessi "per motivi di particolare valore morale o sociale"[745].

Questa considerazione sarebbe, quindi, sufficiente a escludere, se non altro, che sia incriminabile anche l'esaltazione, l'incitazione o la propaganda di questi profili, eticamente sensibili del fatto, a cui la legge assegna così specifica rilevanza.

Più di recente, un avallo a questa prospettazione può rinvenirsi, altresì, nella nuova formulazione dell'art. 414 *bis* c.p., in tema di istigazione e pubblica apologia di pratiche di pedofilia e di pedopornografia. È

ricostruzioni di G. NEPPI MODENA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. Disc. Pen.,*4, Torino, 1987 e C. FIORE, *La concezione realistica dell'illecito,* in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, 57 ss. Secondo un approccio teorico differente, la tipicità sarebbe, invece, una categoria non meramente formale ma inclusiva dell'offesa (c.d. tipicità apparente). In quest'ultimo senso cfr., per tutti: G. FIANDACA – V. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., 160 ss. Vero è che quest'ultima distinzione è più teorica che pratica, differendo solo sulla possibilità di applicare o meno la misura di sicurezza *ex* art. 49, ult. co. c.p. Tuttavia, essa rileva soprattutto per le conseguenze sistematiche che comporta. Tali profili sono stati analizzati, con riguardo alle differenze tra l'art. 49, co. 2 c.p. e l'art. 131 *bis* c.p., da Cass., Sez. Un., 6 aprile 2016, nn. 13681 e 13682, *Tushaj e Coccimiglio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 894 ss., con nota di G. AMARELLI, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*.

[745] Queste considerazioni si leggono in C. FIORE*, I reati di opinione*, cit., 50 ss. Nella stessa direzione si muove anche la riflessione della Corte costituzionale nella menzionata sentenza n. 65 del 1970 dove si osserva che non costituisce apologia di reato «l'affermare che fatti preveduti dalla legislazione come delitti hanno, o possono avere, soggettivamente od oggettivamente, positivo contenuto morale o sociale». Ancora, in questo senso coglie nel segno l'ampia esemplificazione contenuta in PASTORE, *L'apologia di don Lorenzo Milani costituisce reato?*, in *Dem. e dir.*, 1969, 320 ss.

significativo, infatti, che l'ultimo comma di tale disposizione escluda, espressamente, la possibilità di «invocare, a propria scusa, ragioni o finalità di carattere artistico, letterario, storico o di costume»[746].
Sembrerebbe una deroga, in termini tassativi ed assoluti, all'applicabilità anche di cause di giustificazione, come quella relativa all'art. 21 Cost., in tema di libera manifestazione del pensiero.
Ebbene, la circostanza che il legislatore abbia avvertito l'esigenza di un'esplicita presa di posizione in tal senso conferma – indirettamente – la portata generale dell'efficacia scriminante del diritto alla libera espressione nei casi non contemplati dalla disposizione eccezionale, vale a dire tutte le restanti ipotesi di reato di opinione.
Sul punto, va rilevato che la particolare severità legislativa è stata temperata dalle ricostruzioni degli interpreti che hanno ritenuto più ragionevole intendere l'esclusione restrittivamente, con riferimento testuale alle sole cause soggettive di esclusione della colpevolezza, non anche alle ipotesi di cause di giustificazione, la cui applicazione va salvaguardata in conformità ai principi generali stabiliti dall'art. 59 co. 1 c.p. La deroga sarebbe così limitata alle sole ipotesi di c.d. scriminanti "putative", vale a dire erroneamente supposte per errore sul fatto che le costituisce (art. 59 co. 4 c.p.)[747].
Orbene, anche tale esegesi dottrinale pare dare per scontata l'applicabilità della libera espressione come causa di giustificazione, a testimonianza del fatto che l'art. 51 c.p. deve poter trovare operatività anche con riguardo al terreno dei reati di opinione.
La valenza scriminante, poi, può leggersi anche nella c.d. clausola "salva idee" contemplata dall'art. 4 del recente d.d.l. Zan (in tema di discriminazione legata al sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità) che, espressamente, legittima – evidentemente ai sensi dell'art. 51 c.p. – «la libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti»[748].
Del resto, ragionare diversamente contraddirebbe la ricostruzione tradizionale in tema di scriminante dell'esercizio del diritto, alla quale si riconosce, in virtù del principio di coerenza e non contraddizione interno al sistema, una portata generale ed aperta, non limitata a determinate e specifiche fattispecie incriminatrici. Vale a dire che la prevalenza accordata all'esercizio della libertà del singolo – che, se quest'ultima è riconosciuta, non può essere sanzionato penalmente – implica un bilanciamento concreto fra interessi e diritti oggetto di tutela penale, e quelli il cui esercizio escluderebbe – pur nel rispetto dei relativi limiti interni ed esterni – l'antigiuridicità del fatto tipico.

[746] La norma riprende la disciplina originaria del codice Rocco in tema di delitti di "oscenità", rispetto alla quale si era assicurata l'espressa non punibilità dell'opera d'arte o di scienza (art. 529 co. 2 c.p.).
[747] Per una interpretazione restrittiva dell'art. 414 *bis* ult. co. c.p. si veda L. PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur. mer.*, 12, 2012, 2522 ss. Sull'incerta natura di tale reato *infra* cap. 3, par. 7.
[748] *Infra* cap. 3 par. 5.5.

La rilevanza dell'art. 21 Cost. in chiave scriminante di condotte autenticamente criminogene, incidendo notevolmente sull'esito dei processi per reati di opinione, ben attuerebbe la portata garantista riconosciuta alla libera espressione in una democrazia aperta come quella attuale, contribuendo in tal senso alla più ampia riflessione sul tema della repressione penale del dissenso.

L'idea di fondo è che è vero che il bilanciamento rappresenta, come si è avuto modo di spiegare, il metodo più corretto per limitare il diritto alla manifestazione del pensiero in presenza di contrapposti interessi[749]. Tuttavia, non può darsi una tutela effettiva e non meramente illusoria a tale libertà, senza assicurarsi di ravvisare l'equilibrio ragionevole non solo a livello astratto ma anche in concreto nell'applicazione pratica delle fattispecie d'opinione[750]. In questo senso, è decisivo guardare non solo all'interesse e al contro-interesse, ma anche "dentro" di questi, distinguendo le manifestazioni di pensiero di maggior valore e le condotte offensive meno gravi[751].

Da qui la necessità di immaginare spazi per condotte potenzialmente offensive di beni giuridici anche di rilevante valore, ma comunque scriminate dall'esercizio di un diritto, soprattutto quando la manifestazione del pensiero compressa a fronte di un bene giuridico modesto avvenga in ambito politico, culturale, scientifico etc.

Non si vuole in tal modo legittimare la teorica dei limiti logici e l'esistenza di materie privilegiate. Semmai, si intende sottolineare che «ogni discorso politico (anche apertamente dissenziente), ogni professione di fede (anche di un credo minoritario), ogni prodotto della ricerca scientifica (anche quello che perviene a risultati apparentemente fuorvianti) presenta, per il fatto di ricadere all'interno del cuore del diritto fondamentale, una particolare resistenza all'incriminazione»[752].

E ancora, la possibilità di estendere tale bilanciamento anche nel quadro del giudizio di antigiuridicità consentirebbe di portare alla luce del sole considerazioni valoriali riguardanti il contesto politico-sociale di riferimento, evitando così il rischio che le stesse condizionino indebitamente – perché in contrasto con la legalità penale – il giudice al momento della valutazione in ordine all'offesa tipica della condotta[753].

Gli argomenti appena passati in rassegna dimostrano l'assoluta plausibilità della valorizzazione del ruolo scriminante ravvisabile, anche in materia di reati di opinione, alla libertà di manifestazione del pensiero, con le conseguenze che si sono indicate.

---

[749] *Infra* cap. 2 par. 4.1.

[750] Sul punto è interessante la distinzione (tracciata da A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa*?, cit., sez. III) tra aspetti costituzionali della questione (bilanciamento in senso latissimo) e aspetti penali della questione: bilanciamento in senso lato (la formulazione della norma incriminatrice) e in senso stretto (sua concreta applicazione). L'identificazione di tali livelli viene giustificata anche alla luce di un'indagine comparata con il sistema statunitense che ne esplora il funzionamento.

[751] Così, A. GALLUCCIO*, Punire la parola pericolosa?*, cit., 366 e cap. II (in relazione all'interesse) e cap. III (in relazione al contro-interesse).

[752] Così, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa*, cit., 402.

[753] Il rischio di introdurre indebite valutazioni discrezionali legate ai contesti politici e sociali di riferimento nell'ambito del giudizio di sussunzione legale dei fatti nei reati di opinione è paventato da M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, cit., 42. Più di recente, analoghe perplessità sono prospettate da A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 382.

Tale prospettazione, però, non vale a giustificare qualsivoglia reato di opinione. Piuttosto, solleva il problema delicato di individuare i limiti dell'esercizio dell'esimente. Verosimilmente, tra questi si dovrebbero annoverare il divieto di istigare atti violenti contro la persona, costantemente ribadito dalla giurisprudenza convenzionale[754], nonché la rispondenza delle dichiarazioni ad un interesso pubblico.

D'altra parte, non è peregrino sottolineare che la medesima esigenza si è posta ed è stata affrontata, *mutatis mutandis*, nel diverso – ma connesso – ambito dei reati contro l'onore individuale e la reputazione[755]. A dimostrazione, ulteriore, del fatto che il ruolo strutturale di causa di giustificazione *ex* art. 51 c.p. della libera espressione costituisce un profilo inedito solo nelle ricostruzioni in tema di reati di opinione in senso stretto, rappresentando, invece, il terreno d'elezione dei ragionamenti giuridici per giustificare la non punibilità in presenza di fattispecie che pure implicano una limitazione del medesimo diritto.

E non si spiega la ragione – anzi se ne sono date plurime in senso opposto – per la quale l'operazione dovrebbe essere preclusa proprio nella materia oggetto di esame, dove più sensibile e delicata è la tensione con la *freedom of speech*.

2.2.1 L'efficacia scriminante nel (diverso) terreno dei reati contro l'onore e la reputazione (cenni)

La giurisprudenza riconosce pacificamente che il diritto di cronaca costituisca estrinsecazione del diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero[756].

Su questa base, ritiene ammissibile il ricorso alla scriminante dell'art. 51 c.p. rispetto a quell'attività informativa che, traducendosi nell'esposizione di fatti lesivi dell'onere e della reputazione di terze persone, può configurare il reato di diffamazione (art. 595 c.p.)[757].

---

[754] Tra le tante pronunce in tal senso v. C. Edu, 31 marzo 2015, *Öner e Türk c. Turchia*.

[755] Sulla tutela penale dell'onore cfr., *ex multis*, A. GULLO, *Delitti contro l'onore*, in *Reati contro la persona*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico-pratico*, 2, Torino, 2015, 228 ss. e E. LA ROSA, *Tutela penale dell'onore*, in *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Tutela penale della persona*, (a cura di) D. PULITANÒ, Torino, 2019, 392 ss.

[756] La letteratura sulla rilevanza del diritto di cronaca nel sistema penale è sterminata e si concentra soprattutto nell'analisi dei suoi rapporti con il delitto di diffamazione. Sul tema cfr., tra i tanti, P. NUVOLONE, voce *Cronaca (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1990, 42 ss.; A. PACE-F. PETRANGELLI, (voce) *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002, 338 ss.; M. PELISSERO, *Diritto di critica e verità dei fatti,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992; F. VERDE, *Diffamazione a mezzo stampa e l'esimente dell'esercizio del diritto*, Roma, 2010, 164 ss.; V. PEZZELLA, *La diffamazione. Responsabilità civile e penale*, Milano, 2009, 569 ss.; G. VASSALLI, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Arch. pen.*, 1967, I, 32; A. MANNA, *Il diritto di cronaca, di critica e di denuncia e la diffamazione. «Gli arresti giurisprudenziali»*, in *Cass. pen.*, 2003, 3609; S. BARBARO*, Diffamazione, verità giudiziaria e verità storica in una recente sentenza della Cassazione*, in *Dir. inf.*, 2010, 873 ss.; A. TIZZANO, *Cronaca giudiziaria: l'errore tecnico del giornalista e l'incerto limite della verità*, in *Giur. mer.*, 2011, 758 ss.; M. ZUCCOLI BERGOMI, *Diritto di cronaca e diffamazione: orientamenti e criteri*, in *Il merito*, 2008, 12 ss.; S. SICA, *Tutela della privacy, diritto di cronaca e codice deontologico dei giornalisti (comm. a Cass. pen., III, 17 aprile 2008, n. 16145)*, in *Il corr. giur.*, 7, 2008, 1228 ss. (quest'ultimo con particolare riguardo al trattamento illecito di dati di cui all'art. 167 d.lgs. n. 196 del 2003).

[757] Su tale reato e sulla opportunità politico-criminale del suo mantenimento nel sistema attuale cfr. A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, *passim*; ID., *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015, in Dir. pen. cont*., 15 marzo 2016. Più di recente, la fattispecie incriminatrice a tutela dell'onore è approfondita da V. PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy*

Solo che il diritto di cronaca, per quanto di rilevanza costituzionale, non può essere esercitato illimitatamente perché i beni contrapposti sono anch'essi dotati di rango costituzionale.

Da qui l'esigenza di un bilanciamento tra interessi confliggenti e la conseguente apposizione di limiti al diritto medesimo.

In generale, l'esercizio di un diritto ha efficacia scriminante solo quando è contenuto nei limiti entro i quali può ritenersi legittimo, essendo necessario che l'attività realizzata costituisca una corretta estrinsecazione dello stesso. Il fatto è che spesso la norma scriminante riconosce genericamente un diritto, senza specificare le condotte facoltizzate, demandando all'interprete il compito di individuarle.

La dottrina ha così fissato una serie di criteri generali per siffatta determinazione, individuando ipotesi che esulano dai limiti interni di qualsiasi diritto. In questa direzione si sono ritenute non scriminabili le condotte strumentali o idonee a rafforzare l'esercizio di un determinato diritto[758], né l'uso di violenza o minaccia[759]. Analogamente, non scrimina in via automatica il mero fine di esercitare il preteso diritto.

Va anche precisato che la rilevanza oggettiva delle cause di giustificazione (art. 59 co. 1 c.p.) comporta che il fatto resta lecito, in quanto realizzato nell'esercizio di un diritto, qualunque sia il fine – magari eticamente riprovevole – che ha in concreto animato il soggetto nell'esercizio del suo diritto.

Con specifico riguardo al diritto di cronaca, la giurisprudenza dominante ha poi sottolineato che gli eventuali contenuti offensivi della reputazione sono giustificati solo se presentano determinate caratteristiche[760].

Innanzitutto, la narrazione dei fatti deve corrispondere a verità, da intendersi in senso oggettivo come corrispondenza tra accaduto e narrato, risultando «inaccettabili valori sostitutivi di essa, quale la veridicità

---

nell'epoca dei social, delle fake news e degli hate speeches, Torino, 2020; T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, cit., 128 ss. e, con riguardo alla tutela multilivello della libertà di espressione e delle sue limitazioni, L. TOMASI, *Diffamazione a mezzo stampa e libertà di espressione nell'orizzonte della tutela integrata dei diritti fondamentali*, in *Sist. pen.*, 21 gennaio 2021.

[758] La mancata valenza scriminante delle condotte strumentali all'esercizio di un diritto è stata affrontata dagli interpreti con particolare riguardo al riconoscimento dell'esercizio del diritto di sciopero (art. 40 Cost.) come causa di giustificazione del c.d. picchettaggio idoneo a integrare gli estremi della violenza privata (art. 610 c.p.). La Corte di legittimità ha sempre risolutamente fornito soluzione negativa a tale quesito, facendo leva sul principio secondo cui il diritto di sciopero trova un preciso limite nella impossibilità di compromettere diritti e libertà di terzi. Sul tema cfr. la breve ma efficace ricostruzione S. BERNARDI, *Picchettaggio non violento e illiceità penale: un'interessante pronuncia del Tribunale di Brescia restringe il campo applicativo del delitto di violenza privata*, in *Sist. pen.*, 23 aprile 2020 (con riguardo a Trib. Brescia, Sez. II pen., sent. 8 luglio 2019, n. 2648) e, più in generale, F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale, I, L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, 144 ss.

[759] Il fatto che l'uso di violenza o minaccia esuli dai limiti interni di qualsiasi diritto si desume dal reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (artt. 392 e 393 c.p.). Le norme in questione determinano, infatti, un trattamento sanzionatorio più favorevole rispetto a quello connesso alla violenza privata (art. 610 c.p.) per condotte che fuoriescono dall'esercizio del diritto.

[760] I limiti interni alla valenza scriminante del diritto di cronaca sono individuati a partire dalla già menzionata Cass. Sez. Un., 30 giugno 1984, n. 8959, Ansaloni (*infra* cap. 2, par. 4). Il c.d. "decalogo del giornalista" è ripreso dalla più recente Cass., V, 11 febbraio 2014, n. 21849, Nacetti, *ivi*, n. 260405. In dottrina sui limiti scriminanti dell'art. 51 c.p. cfr. E. BURZI, *Sui limiti del diritto di cronaca*, in *Giur. it.*, 2007, 979 ss.; F. APREA, *Limiti del diritto di cronaca*, in *Giur. it.*, 2011, 2643 ss.; G. BONANNO, *Diffamazione a mezzo stampa e limiti del diritto di cronaca*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1985, 266; D. NOTARO, *Diffamazione a mezzo stampa e limiti del diritto di cronaca*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1007. Più di recente, i limiti scriminanti sono analizzati, anche con riguardo ai nuovi paradigmi tecnologici, da T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit., 115 ss.

o la verosimiglianza»[761]. La verità va d'altra parte accertata al momento della diffusione della notizia, attraverso un controllo approfondito, prudente e professionale sulle fonti di informazione e sulla fondatezza della notizia (c.d. verità putativa)[762].

Un secondo limite al diritto di cronaca è rappresentato dalla pertinenza, vale a dire dall'esistenza di un interesse pubblico alla conoscenza dei fatti riferiti dal giornalista: deve trattarsi, cioè, di fatti la cui conoscenza possa orientare le scelte dei lettori nel campo della politica, della scienza, della cultura, etc.

Un terzo limite è costituito dalla correttezza del linguaggio usato (c.d. continenza), intesa come proporzione o misura, in relazione alle modalità espositive della notizia, sia da punto di vista formale che sostanziale[763].

Siffatti confini dell'efficacia scriminante sono affievoliti rispetto a due specifiche modalità di manifestazione del pensiero, ossia il diritto di cronaca, quale espressione di giudizi e opinioni soggettive e il diritto di satira, quale modalità corrosiva ed impietosa del diritto di critica caratterizzata da forme caricaturali[764]. In questi casi, si può prescindere dal requisito della verità dei fatti narrati, trattandosi di giudizi soggettivi, ma rimangono i limiti della pertinenza e della continenza.

Entro questi limiti, il diritto di cronaca – con le sue varianti – ha valenza scriminante, dovendo ritenersi prevalente sulla reputazione e sull'onore eventualmente lesi. Laddove, invece, gli stessi siano violati dal cronista ben può configurarsi il delitto di diffamazione, sempre che sussista anche l'elemento soggettivo del dolo richiesto dalla fattispecie[765].

---

[761] Nel senso della verità oggettiva cfr. Cass., V, 11 maggio 2012, n. 39503, Clemente, in *CED Cassazione* n. 254789.

[762] Sul tema, in senso critico, cfr. G. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili dogmatici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 779 ss. La giurisprudenza sembra riconoscere un vero e proprio esercizio legittimo putativo del diritto di cronaca, in ossequio al quale il giornalista risponderebbe a titolo di colpa in tutte le ipotesi in cui questi, facendo affidamento sulla sussistenza dei presupposti del diritto di cronaca, abbia errato sulla falsità della notizia. Dunque, l'accertamento degli elementi costitutivi della diffamazione – delitto esclusivamente doloso – avverrebbe attraverso le vesti del delitto colposo, utilizzando il disposto dell'art. 59, ult. co., c.p. In questo senso, cfr. Corte appello Torino, sez. III, 29 settembre 2020, n. 958, in *www.dejure.it* (*contra*: Cass., sez. V, 8 aprile 2003, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 471 ss., con nota di A. GULLO, *La Cassazione e i mutamenti genetici del reato di diffamazione a mezzo stampa*). In dottrina questa tendenza è censurata come «torsione interpretativa» da A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale*, cit., 31 ss. Sulla equivocità di una tale impostazione cfr. anche: F. VIGANÒ, *art. 59 c.p.*, in *Codice penale commentato*, (a cura di) DOLCINI-MARINUCCI, I, 4, Milano, 2015, 1030 ss.; G. VASSALLI, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Arch. pen.*, 1967, I, 32 e G. MARINUCCI, *Agire lecito in base ad un giudizio ex ante*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 1105 ss. Quest'ultimo Autore ritiene che una simile esegesi finisca con il «calpestare il dettato della legge».

[763] Sulla continenza cfr. Cass., V, 2010, n. 19449, Campania, in *CED Cassazione* n. 247132: «la continenza formale non equivale a obbligo di utilizzare un linguaggio grigio e anodino, ma consente il ricorso a parole sferzanti, nella misura in cui siano correlate al livello della polemica, ai fatti narrati e rievocati». Così anche Cass., V, 14 aprile 2015, n. 31669, Marcialis, *ivi*, n. 264442.

[764] Sugli aspetti peculiari del diritto di cronaca, di critica e di satira cfr. T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit., 117 ss.; V. BENEDETTI, *Il diritto di satira fra libertà di espressione e tutela dei valori della persona*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 1996; F. MANTOVANI, *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. inform.*, 1992, 295.

[765] Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo nel reato di diffamazione, è sufficiente il solo dolo generico, che può declinarsi anche nella sua forma eventuale. In giurisprudenza, in questo senso, da ultimo, cfr. Cass., Sez. V, 12 dicembre 2012, n. 4364, in *www.dejure.it*. In argomento, v. le attente riflessioni di G. P. DEMURO, *Il dolo*, *II*, *L'accertamento*, Milano, 2010, 424 ss. e M. PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012, 109 ss.

Di recente, la giurisprudenza si è interrogata sulla possibilità di estendere l'efficacia di causa di giustificazione del diritto di cronaca anche rispetto a reati diversi da quelli contro l'onore e che contemplano condotte distinte da quella di pubblicazione della notizia. La questione si è posta, in particolare, con riferimento ai reati prodromici alla manifestazione del pensiero vera e propria, eventualmente commessi al fine di procacciamento della notizia[766].

La tesi tradizionale – assolutamente prevalente – nega una valenza scriminante a tali ipotesi, posto che le condotte illecite strumentali all'acquisizione della notizia si pongono al di fuori dei limiti interni del diritto di cronaca, non essendo sufficiente a tali fini neppure il mero fine soggettivo di esercitare il diritto[767]. Del resto, il diritto di cronaca non potrebbe comportare un indiscriminato esonero da responsabilità penale, difettando anche la necessità dell'azione illecita rispetto all'esercizio del diritto quale requisito immanente alla scriminante.

Ultimamente, invece, la giurisprudenza di legittimità pare avere aperto le porte all'operatività *ex* art. 51 c.p. del diritto di cronaca con riguardo all'acquisizione da parte del giornalista di materiale proveniente da delitto integrante il reato di ricettazione (art. 648 c.p.)[768].

Non si è introdotta una nuova causa di giustificazione nel sistema, né applicata analogicamente quella esistente. Piuttosto, si è sollecitata una valutazione in concreto dei limiti interni ed esterni all'esercizio del diritto di cronaca alla luce di un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 51 c.p., che tenga conto dei profili della necessità e della proporzionalità. Occorrerà, quindi, verificare se l'interesse d'informare la collettività prevalga o meno sui doveri e sulle responsabilità che gravano sul giornalista, perché laddove l'interesse leso dal reato sia subvalente rispetto all'interesse pubblico all'informazione, l'eventuale condanna del giornalista non può considerarsi mezzo adeguato ai sensi dell'art. 10 CEDU[769].

Proprio questa recente valorizzazione per via giurisprudenziale del bilanciamento tra interessi contrapposti risulta particolarmente interessante ai fini del presente lavoro. Al di là dell'ambito specifico in cui opera, può costituire un precedente importante per riconoscere la *vis expensiva* alla libera espressione scriminante anche nel diverso terreno dei reati di opinione in senso stretto.

---

[766] La casistica è assai variegata: si va dalla violazione dell'ordine di autorità (art. 650 c.p.) all'interferenza illecita nella vita privata (art. 615 bis c.p.); dalla sostituzione di persona (art. 491 c.p.) alla violazione di pubblica custodia di cose (art. 351 c.p.), fino alla ricettazione (art. 648 c.p.).

[767] L'orientamento maggioritario negativo è espresso dalle seguenti pronunce: Cass., I, 7 aprile 2016, n. 27984, Mosca Goretta, in *CED Cassazione*; Cass., VI, 12 gennaio 2010, n. 4699, Fiore, in *CED Cassazione* (reati di violenza privata e violazione di domicilio)*;* Cass., V, 21 giugno 2019, n. 43569, P., in *DeJure* (caso di un giornalista che, utilizzando false generalità e una falsa qualifica, si era introdotto in un ospedale al fine di realizzare un servizio televisivo).

[768] Il riferimento è a Cass., Sez. II, 7 giugno 2019, n. 38277. Sulla pronuncia cfr. E. ZUFFADA, *Giornalismo d'inchiesta e diritto penale: la Corte di Cassazione apre le porte alla configurabilità della scriminante del diritto di cronaca rispetto al reato di ricettazione commesso dal giornalista*, in *Sist. pen.,* 19 marzo 2020; E. LA ROSA, *Anche la ricettazione può essere scriminata dall'esercizio del diritto di cronaca?*, in *Giur. it.*, 2020, 171 ss. e S. VIMERCATI, *L'applicabilità della scriminante del diritto di cronaca a reati commessi prima (e in funzione) della pubblicazione di una notizia*, in *Medialaws(web)*, 20 novembre 2019.

[769] La presa di posizione della Cassazione si fonda sull'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 51 c.p. con riguardo al diritto di cronaca alla luce dell'art. 10 Cedu. Sul punto sono significative due sentenze della giurisprudenza convenzionale: C. Edu, 21 gennaio 1999*, Fressoz e Roire c. Francia* e C. Edu, 10 dicembre 2007, *Stoll c. Svizzera*.

3. La punizione dell'opinione alla prova dei principi fondamentali del diritto penale

Si è visto finora come tratto caratterizzante dei reati di opinione sia la potenziale conflittualità con il diritto alla libera manifestazione del pensiero e come la complessità del bilanciamento di quest'ultimo con gli interessi confliggenti possa portare a giustificare una sua declinazione strutturale non solo sul terreno tradizionale dell'offesa tipica ma anche sul versante dell'antigiuridicità, in modo da coglierne – in modo più esaustivo – l'afflato garantistico.

Alla fisiologica collisione con la libera espressione, segue – inevitabilmente – una patologica tensione della categoria con diversi principi del diritto penale moderno[770].

Come si è anticipato, quindi, dopo aver affrontato l'aspetto costituzionale dei reati di opinione, è opportuno indagarne "il problema di diritto penale". In questa materia, infatti, alle difficoltà di raggiungere un ragionevole bilanciamento costituzionale si accompagna il rischio che siffatto contemperamento venga tradito a livello di formulazione della fattispecie e della sua concreta applicazione.

A questi fini, è cruciale la riflessione sulla tecnica – legislativa e giudiziale – di incriminazione dei reati di opinione, tratto proprio di entrambi i modelli enucleati.

La discussione comune intorno a tali delitti origina, infatti, proprio dalla loro struttura di reati a pericolo presunto. Si richiede, ai fini della consumazione, il semplice verificarsi della condotta descritta, consistente nella mera manifestazione di un'opinione nella forma dell'incitamento alla commissione di un dato reato, della sua semplice esaltazione o, ancora, della propaganda di idee odiose.

La sensibile anticipazione dell'intervento penale ai margini della libera espressione è nient'altro che la traduzione del tentativo di equilibrio – difficilmente determinabile a priori e in astratto – tra istanze della libertà e quelle della democrazia, entrambe centrali nello stato liberal-democratico.

Tale configurazione normativa, come si è visto, si riflette anche nella concreta applicazione giudiziaria delle norme incriminatrici, caratterizzata dagli ampi margini di discrezionalità conquistati dagli interpreti.

La tecnica di punizione delle opinioni nel moderno assetto democratico, in ultima istanza, svela la compromissione di tutta una serie di garanzie costituzionali che, al di là dei già rilevati profili connessi alla libera espressione, presiedono la materia penale.

Tali profili di (il)legittimità saranno analizzati nelle pagine che seguono, dapprima nella prospettiva tradizionale della materialità e dell'offensività delle condotte e, poi, cercando di valorizzare le dimensioni

[770] La dicotomia problemi fisiologici/problemi patologici dei reati di opinione è descritta efficacemente da A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 397 ss. L'Autrice la connette alla contrapposizione problemi costituzionali/problemi penali della categoria e ritiene «perfettibile l'effetto patologico di una causa fisiologica», vale a dire la tecnica normativa e il pratico accertamento di un bilanciamento in astratto assai delicato da ricostruire.

più inedite della determinatezza dei precetti (e le ripercussioni sul versante processuale) e della proporzionalità del trattamento sanzionatorio.
Sullo sfondo, la punizione della parola pericolosa viene filtrata seguendo la logica dell'*extrema ratio* del diritto penale, tenendo in massimo conto i rischi di "congelamento" della libera espressione che una repressione ad ampio spettro può causare (c.d. *chilling effect*).

4. La prospettiva tradizionale tra materialità e offensività: l'*an* della punizione

Tradizionalmente, il rischio di incriminare la *nuda cogitatio*, sotteso alle fattispecie di opinione, è considerato un indice inequivocabile di un *vulnus* di materialità e offensività. Tant'è che nelle ricostruzioni degli interpreti questi due principi rappresentano il crinale attraverso cui, da sempre, è vagliata la legittimità della materia in esame.
Sul primo versante, è noto che in un sistema di diritto penale ad orientamento costituzionale il fatto materiale rappresenti «la base prima e imprescindibile di ogni giudizio di disvalore penale»[771], così che, in ossequio alla massima ulpianea "*cogitationis poenam nemo patitur*", può considerarsi reato solo un fatto umano che si estrinsechi nel mondo esteriore e come tale sia percepibile ai sensi[772].
Epperò, affinché possa dirsi sussistente la materialità del fatto non occorre che si realizzi l'evento materiale, essendo sufficiente che si verifichi l'azione o un inizio di essa[773].
In relazione ai reati di opinione, la dottrina maggioritaria non dubita che questi si concretino in un fatto materiale, dal momento che già l'espressione di un pensiero rappresenta di per sé azione[774]. Infatti, il pensiero non resta nella sfera interna dell'individuo, ma viene manifestato all'esterno, e dunque diviene percepibile nella realtà fenomenica.

---

[771] Così, F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale,* Padova, 2007, 49. Sulla rilevanza del principio di materialità v. le riflessioni di M. SPASARI, (voce) *Condotta (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* VIII, 1961*,* 838. L'Autore rileva come tale principio, oltre ad essere un valore irrinunciabile in un sistema penale democratico legato al fatto (art. 25, co. 2 Cost.), conservi una parziale validità perfino in sistemi diversamente orientati in senso autoritario, come quello del diritto penale della volontà e del diritto penale del tipo di autore. L'emersione della portata garantista del principio è frutto del processo di laicizzazione del diritto che ha sancito l'autonomia dello statuto giuridico da quello morale, conquista del giusrazionalismo laico e dell'illuminismo di Hugo Grozio e delle riflessioni Cesare Beccaria. Sul punto v. S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, 45 ss. e 57 ss. e C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 23. Sulla laicizzazione del diritto penale v. anche le approfondite riflessioni di G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati,* in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone,* vol. I, Milano, 1991, 167 ss. e L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, cit.,* 203).
[772] Tale principio, secondo la dottrina maggioritaria, rinviene la sua base normativa nell'art. 25, co. 2 Cost., laddove si riferisce al "fatto commesso" come fondamento della responsabilità penale. In argomento, sono interessanti le riflessioni contenute nella sentenza n. 96/1981 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della fattispecie di plagio (art. 603 c.p.), in quanto la norma incriminava comportamenti inesistenti o comunque non concretamente accertabili.
[773] Da qui la distinzione tra reati di evento, reati di pura condotta e reati di attentato.
[774] A. SPENA, *Istigazione punibile e libertà di parola, cit,* p. 849 sottolinea che già il fatto stesso di parlare è un'azione. Parimenti, A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività,* in AA.VV., *Introduzione al sistema penale,* AA.VV. (a cura di), I, III, Torino, 2001, 276, osserva come la previsione dei reati di opinione non possa essere esclusa per il semplice fatto che gli atteggiamenti interiori non possono essere oggetto di pena. Ancora M. SPASARI, *Condotta*, cit., 838, precisa come in relazione ai reati di pensiero non si incrimina il puro atteggiamento interiore, ma la sua manifestazione esterna, che costituisce pur sempre condotta. Sul tema, *infra* cap. 1, par. 1.

Tutto al più, nella materia in esame si riscontrerebbe una contaminazione soggettivistica della fattispecie oggettiva[775], nel senso che la nozione di fatto tipico «non è scindibile dal contenuto della volontà colpevole»[776]. E in tal senso si è parlato di reati soggettivamente preganti, in cui il disvalore penale non è dato dalla manifestazione del pensiero, bensì dall'intenzione e dall'obiettivo perseguito dall'agente[777]. Si realizzerebbe, quindi, una «curvatura soggettivistica e psicologizzante del diritto penale»[778] , che proprio il principio di materialità dovrebbe contribuire ad escludere contro un utilizzo in chiave sintomatica della personalità individuale.

La punizione dell'opinione, infatti, portata agli estremi, rischia di tradursi in un compiuto diritto penale dell'autore: dal generico dissidente politico (artt. 302, 414 c.p.) al delinquente apologo (art. 414 c.p.); dal vilipensore delle istituzioni politiche e delle entità confessionali (artt. 290, 291, 292 c.p.) al propagandista d'odio (art. 604 bis c.p.).

Per questi aspetti e in questa prospettiva i reati di opinione esprimono un forte stato di conflitto – già – con il principio di materialità, a meno di non relegare quest'ultimo ad una formula vuota e tautologica, facendola coincidere con un vago e indeterminato concetto di empiria, annullandone le note sistematiche in tema di teoria generale del fatto tipico[779]. Non tutto ciò che concerne l'esperienza è, però, 'materiale' nel senso del diritto penale, ma solo ciò che non sia ravvisabile quale aspetto di una qualità morale o soggettiva di un agente.

Al *vulnus* di materialità, nei termini anzidetti, si associa un altro problema che può dirsi strutturale e connaturato al concetto stesso dei reati d'opinione, per come si è ricostruito[780]. Si tratta delle ragioni di offensività che maggiormente e tradizionalmente connotano il problema "penale" della categoria, da intendersi, in particolare, come ragioni legate al tipo di offese che le norme incriminatrici mirano a prevenire, e quindi al tipo di condotte incriminate.

---

[775] Il diritto penale ha da sempre oscillato tra oggettivismo e soggettivismo, tra fatto ed autore, tra reato e pericolosità sociale, stretto nella perenne contrapposizione tra garantismo individuale che induce a restringere il novero dei fatti punibili e difesa sociale che tende ad allargarlo. Sul tema F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale, cit.,* 50; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig.*, XIX, 1973, 5, 66 ss. In argomento sono decisive le parole di G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 8, nel quale si afferma: ‹‹se il diritto penale dell'atteggiamento interiore deve avere un significato, questo è in funzione di una sempre maggiore accentuazione del carattere etico del diritto penale non solo in relazione alle esigenze etiche oggettive tutelate dalla norma penale, ma in funzione dell'eticità della persona umana che si manifesta negli atteggiamenti di coscienza e nella scelta delle motivazioni dell'azione››.

[776] Così, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 312.

[777] La categoria è descritta dettagliatamente da V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 56 ss. Tale caratterizzazione in senso soggettivo è stata studiata in dottrina soprattutto con riguardo a reati a dolo specifico, in cui assume rilievo la specifica volontà del colpevole: è il caso dei reati associativi puri. Sul tema, tra gli altri, G. SPAGNOLO, *Reati associativi*, in *Enc. giur. trecc.*, Roma, 1996; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2, 2019, 85 ss.; F. SIRACUSANO, *Il concorso di persone e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1993, 1870 ss.

[778] L'efficace espressione è di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale,* cit., p. 56-57.

[779] In generale sulla nozione del fatto tipico nella struttura del reato valgono le considerazioni di G. DELITALIA, *Il fatto nella teoria generale del reato,* Padova, 1930, 85 ss. e 91.

[780] La tensione con il principio di offensività è considerata un problema congenito e strutturale alla categoria dei reati di opinione da A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit. 701 ss.

Nell'attuale assetto del diritto penale del fatto, come è noto, il principio di offensività richiede, affinché vi sia reato, che il comportamento materiale incriminato si traduca nell'offesa di un bene giuridico, in tal modo presupponendo e completando il principio di materialità: mentre quest'ultimo, però, tutela contro le incriminazioni di meri stati psichici (*nullum crimen sine actione*), il primo garantisce contro le incriminazioni di mera disobbedienza ad un comando statuale (*nullum crimen sine iniuria*)[781].

L'assunto è rafforzato dal riconoscimento costituzionale del principio, quale opzione politico-criminale di base del diritto penale moderno[782].

Da questo punto di vista, le criticità sono implicite nella definizione stessa che dei reati di opinione si è data. Se in questi casi l'incriminazione ha ad oggetto l'espressione d'un'opinione ed è posta a tutela di macro-beni giuridici connotati da una dimensione normativa, la possibile collisione con tale principio è evidente.

Le condotte incriminate, esaltando il disvalore dell'azione e svalutando quello dell'evento, colpiscono un pericolo presunto legislativamente e finiscono per arretrare la soglia della punibilità ai margini della libera espressione, rischiando di dar vita ad illeciti di mera disobbedienza.

Che sia così si desume – inequivocabilmente – quando si incrimina il soggetto "per il solo fatto dell'istigazione" (art. 414 c.p.), a prescindere dall'effetto che questa condotta realizza nel mondo esterno, considerando pericolosa l'azione in sé.

Ciò ha spinto parte della dottrina a parlare di reati senza offesa, in cui, cioè, si incrimina non l'offesa ad un bene giuridico ma un interesse dello Stato a che determinate situazioni non si verifichino[783].

È vero che, come si è detto, la Corte costituzionale ha assunto un atteggiamento volto a valorizzare la dimensione in concreto dell'offensività, attraverso l'inserimento in via interpretativa del pericolo concreto[784]. Si sostiene, infatti, che quando viene in rilevo come contro-interesse una libertà

---

[781] In dottrina sulla rilevanza sistematica del principio, oltre a V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., *passim,* v. F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella costituzione* in *Scritti in onore di G. Mortati,* VI, Milano, 1977, 447; R. RIZ, *Il principio di offensività* in S. RIONDATO, (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale di diritto allo Stato di polizia? Attualità del "Problema penale",* Padova, 2012, 87 ss. Per una attenta riflessione critica intorno ad una possibile codificazione del principio cfr. G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?,* in *Foro it*., 2001.

[782] È oramai ampiamente riconosciuto l'ancoraggio costituzionale di tale principio tramite la lettura coordinata degli artt. 3, 13, 25, co. 2 e 27 co. 1 e 3 Cost. che trae spunto dalla teoria costituzionalmente orientata di Bricola (cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato,* cit., *passim).* Non manca chi ne ravvisa un riconoscimento anche a livello sovranazionale, alla luce degli artt. 49, 3 co. (sul versante della proporzionalità) e 52 CDFUE (cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 4, *passim*). A livello normativo ordinario, i fautori della concezione realistica del reato ne rinvengono un fondamento nella disciplina del reato impossibile (art. 49, co. 2 c.p. e, come *pendant* soggettivo, art. 43 c.p.). In questo senso, v. C. FIORE, *La concezione realistica dell'illecito,* cit. La teoria è, però, avversata da quanti ravvisano in tale opzione un affievolimento del principio di legalità formale, sottolineando il rischio di un'estensione eccessiva dei limiti della discrezionalità interpretativa dei giudici. In questo senso, v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 484 ss., secondo i quali la norma in esame vale solo a fondare un giudizio di idoneità a base totale in materia di tentativo *ex* art. 56 c.p.

[783] In questo senso F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale,* cit., 92, il quale, pur concludendo nel senso che i reati senza offesa non sono necessariamente illegittimi, sottolinea come in questi casi «la frustrazione di tale scopo, con la commissione del reato, coincide con la stessa fattispecie in chiave teleologica».

[784] Si tenga presente che l'atteggiamento di *self restraint* della Consulta rispetto alla giustiziabilità del principio di offensività non è esclusivo della materia dei reati di opinione ma rappresenta una costante delle sue decisioni: si pensi ai reati di coltivazione-detenzione di sostanze stupefacenti (sul tema specifico, tra gli altri, C. CUPELLI, *Il Testo Unico sugli*

costituzionalmente tutelata non è sufficiente il pericolo presunto, dovendo sussistere un'idoneità concreta a offendere il bene tutelato dalla norma.

Che tale esegesi sia sufficiente a fugare da ogni dubbio di legittimità costituzionale il sistema dei reati di opinione, tanto con riferimento alle sue declinazioni pubblico-statuali, quanto in relazione a quelle propriamente personalistiche, è però nient'affatto scontato.

Nella materia in esame, la violazione dell'offensività è resa scottante, perché l'anticipazione della tutela ai margini della libertà di espressione si lega alla difficoltà di individuare i confini dei beni giuridici protetti, al difficile – e troppo discrezionale – accertamento del pericolo concreto implicito e all'ancoraggio della valutazione ad un giudizio prognostico che, ricalcando gli schemi della causalità psichica, pare una vera e propria *probatio diabolica*.

4.1. La difficile individuazione dei confini dei beni giuridici protetti: quale ruolo per la dignità?

Si è già detto che è proprio la particolare fisionomia dei beni giuridici protetti dai reati di opinione a rappresentare il fondamento di una serie di rilievi critici per la materia.

Vi è di più, le diverse ricostruzioni teoriche intorno alla nozione di bene giuridico trovano nella punizione della parola pericolosa un terreno privilegiato di confronto.

Secondo una impostazione, che muove da una lettura forte del principio di necessaria offensività, in tali fattispecie sarebbe inesistente un bene giuridico tutelato e tutelabile, o comunque sarebbe indimostrabile provarne l'offesa. Non potrebbe riscontrarsi, cioè, un oggetto di tutela inteso, nella concezione critico-garantista, come interesse concreto dotato di un sostrato empirico-effettuale preesistente e afferrabile, tale da permettere una specificazione frammentaria del momento dell'offesa, cui riferire il disvalore di azione.

---

stupefacenti alla prova del cambio di passo della giurisprudenza costituzionale, in *Cass. pen.*, 2013, 3418 ss.). Il più delle volte, la Corte, quando non si serve del parametro della ragionevolezza *ex* art. 3 Cost. (è il caso di C. cost. 28 dicembre 1995, n. 519 in tema di mendacità non invasiva *ex* art. 670, co. 1 c.p.), adotta sentenze interpretative di rigetto dirette a valorizzare il doppio ruolo del principio di offensività (in astratto come criterio di conformazione legislativa dei fatti punibili e in concreto come criterio giudiziario-interpretativo), in tal modo salvando le fattispecie sottoposte al suo vaglio, demandando ai giudici del caso concreto il corretto accertamento di un pericolo concreto implicito. Sulle ragioni di opportunità politica di tale orientamento si vedano le riflessioni di V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2011 e N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 72 ss. Sul tema, nella stessa direzione, cfr. F.C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.; G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997, 264 ss.; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 91 ss. L' offensività è sdoganata nelle argomentazioni e nelle relative soluzioni della Corte solo in casi limite e precipuamente per censurare colpe d'autore (cfr. C. cost., 8 luglio 2010, n. 249 sull'aggravante della c.d. clandestinità *ex* art. 61, co. 1 n. 11 *bis* su cui F. SIRACUSANO, *La condizione di clandestino come circostanza aggravante*, in (a cura di) R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Torino, 2012, 235 ss.).

L'*escamotage* di qualificare come beni macro-entità normative e ideali, meglio riconducibili nella nozione di *rationes* di tutela, funzionerebbe da moltiplicatore dell'area del penalmente rilevante[785].

In questo senso i reati di opinione sarebbero il terreno in cui riecheggiano, nel moderno assetto democratico, derive di una concezione metodologica di bene giuridico, che portano con sé il rischio «di aprire una breccia al passaggio da una visione del reato come offesa al bene giuridico a quella del reato come offesa al dovere; e che fa quindi slittare l'obiettivo dal fatto alla persona che lo realizza»[786].

Né l'ordine pubblico né la dignità umana presentano, all'evidenza, quelle caratteristiche che consentono a oggetti dai substrati materiali ben definiti ed afferrabili di dimostrare l'offesa patita e in tal modo selezionare l'area del penalmente rilevante.

Da questa prospettiva, i beni protetti dai reati in esame, sia nel tradizionale modello pubblico-statuale che in quello più inedito di matrice personalistica, non riuscirebbero – se riguardati sotto l'aspetto della materialità e preesistenza – a fungere da vero e proprio argine alle scelte del legislatore in questo ambito.

È indubbio, insomma, che i beni giuridici presidiati dai reati di opinione limitino la fondamentale libertà di espressione, situandosi all'estremo confine della tutela penale, costituendo l'esito finale di un rilevante processo di arretramento e spiritualizzazione della tutela[787].

E tuttavia per una serie di ragioni appare debole e scivoloso fondare il vaglio di legittimità della materia, tanto con riferimento alle sue declinazioni tradizionali quanto in relazione ai suoi profili più nuovi, sul crinale dell'inesistenza *tout court* dell'offesa e di beni giuridici tutelabili.

Innanzitutto, sul piano pratico tali critiche – legate alla tenuta del principio di offensività – risultano difficilmente giustiziabili e incapaci di fondare l'illegittimità delle norme che incriminano le manifestazioni del pensiero, se si pensa alle resistenze che il sindacato di costituzionalità incontra al cospetto di tale caposaldo[788].

Del resto, da tempo, autorevole dottrina sostiene che la dimensione dell'offesa non è neutrale dal punto di vista dei valori[789]. E tale commistione tra danno e valore è particolarmente significativa in ambiti, come

---

[785] In ordine alla differenza tra bene giuridico e *ratio* di tutela S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 1995, 343 ss. *Contra,* nel senso che in linea di principio il bene giuridico può identificarsi anche con una funzione*,* C. FIORE, *Il principio di offensività,* in *Ind. pen.,* 1994, 285. Su altra prospettiva, sostiene la scarsa utilità del concetto di bene giuridico, proprio perché coincidente con lo scopo della norma A. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, 2, Milano, 1965, 396 e *passim*.

[786] Così, A. FIORELLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 791. In argomento, sui rischi delle concezioni metodologiche e per la preferenza delle teorie critiche di bene giuridico cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 72 ss. e, nella manualistica, *ex multis*, C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale,* cit., 153 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale,* cit., 184 ss. Parla di funzione assiologica nei casi in cui il bene giuridico diviene criterio deontologico della normazione penale T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI, Milano, 2017, 99 ss.

[787] Così A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 371.

[788] Di recente, N. RECCHIA*, Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 72 ss. considera che l'eventuale valutazione del giudice costituzionale, alla luce del criterio del bene giuridico e del principio di offensività, rischia di presentarsi come un «duplicato oleografico» del giudizio legislativo.

[789] In questo senso si muovono le osservazioni di F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VII, Torino, 2018, 66 ss. e G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 50. Gli Autori sottolineano che l'offesa, lungi dal rappresentare un dato ontologico, è il risultato di un giudizio valutativo, come tale

quello oggetto di studio, «poveri di danni dal punto di vista naturalistico ma ricchi di valori incidenti su punti nevralgici della struttura e dello sviluppo delle moderne democrazie costituzionali»[790]. Allora, proprio l'imposizione di questi valori, riflessa in massima parte nella punizione della parola pericolosa, rende «il processo di materializzazione degli oggetti di tutela improbabile»[791].

D'altronde, poi, non può negarsi che gli interessi sottesi alla repressione penale delle opinioni siano di rilevante entità, ricadendo sulle condizioni di vita dei singoli individui che compongono il tessuto sociale. Più opportuno allora è cercare di tracciare correttamente e in termini compatibili con la Costituzione i confini di tali beni giuridici e delle offese che essi possono subire, se del caso nella forma del pericolo, individuando la tecnica che sia in grado di cogliere compiutamente, senza pregiudicare le garanzie del singolo, i tratti di un «diritto penale fragile ma plausibile»[792].

Si è già analizzato il concetto di ordine pubblico (*infra* cap. 1, par. 3.1) che, insieme a quello di personalità dello Stato, rappresenta il referente generale e classico dei reati di opinione.

In proposito, si è richiamata una concezione minimale dello stesso, identificata nella sicurezza pubblica in una sua dimensione oggettiva. In tal senso, una limitazione alla libera espressione funzionale alla protezione del meccanismo democratico dalle aggressioni di coloro che vogliono rovesciarlo è ammessa dalla dottrina e giurisprudenza, anche costituzionale, essendo una forma di tutela contemplata in quasi tutti gli ordinamenti liberal-democratici contemporanei. E ciò a condizione che, in assenza di un preciso fondamento costituzionale[793], si prenda consapevolezza della scarsa selettività di tale bene e degli abusi che di tale «ripostiglio di concetti» possono farsi[794] e sia, pertanto, garantita una costante vigilanza sul rispetto dei principi costituzionali[795].

Un discorso diverso – e in parte più complesso - riguarda il contro-interesse della dignità umana, protagonista del modello personalistico di nuovo conio dei reati di opinione (*infra*, cap. 3, par. 5).

Al cospetto delle forme di punizione dei c.d. discorsi d'odio e, con alcune precisazioni, del negazionismo, accanto a chi vi ravvisa una protezione anche dell'ordine pubblico per le correlazioni esistenti tra discriminazioni e violenza[796], è infatti comunemente evocata la tutela della dignità del singolo o della

caratterizzato da relativismo. Su tali rilievi cfr. anche F. SIRACUSANO*, Il diritto penale è ancora strumento di tutela dei beni giuridici? Sintetiche riflessioni sull'attuale ruolo e sulla funzione del bene giuridico*, cit. 2004, 331 ss.

[790] Così, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 368.

[791] Così, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 64.

[792] Così, M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, cit., 1020.

[793] L'assenza di ancoraggio costituzionale dell'ordine pubblico, anche nella sua accezione materiale, è sottolineata da M. PELISSERO, *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, 1, 2018, 88.

[794] A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo*, cit., 1001 descrive la scarsa selettività dell'ordine pubblico, capace di abbracciare «in maniere intollerabilmente indifferenziata tutti i beni individuali e collettivi presenti nell'ordinamento».

[795] L'«uso sorvegliato» dell'ordine pubblico come bene giuridico è messo in evidenza da G. FORNASARI, *Introduzione*, in FORNASARI-RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017, XVII. In questo senso anche A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 113 ss.

[796] Rileva profili di tutela dell'ordine pubblico G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'uguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2018, 1331 ss. Sulla correlazione tra discriminazione e violenza come fondamento etico-giuridico della punibilità del discorso d'odio come conseguenza del secondo conflitto mondiale cfr. M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione*

minoranza, discriminati in ragione della razza, etnia, religione, sesso, identità sessuale, o la cui storia e identità risulti funestata dal genicidio[797].

Sennonché, il concetto di dignità è – per la sua estrema profondità e latitudine – di difficile delimitazione già a livello filosofico e comune, mal attagliandosi al ruolo di interesse percepibile e afferrabile da tutelarsi attraverso il diritto penale.

Del resto, tali profili sono stati già messi in luce quando si è detto che la libera espressione è, secondo la ricostruzione individualistica, un attributo dell'essere umano intrinsecamente inerente alla sua dignità[798].

L'idea di dignità rimanda all'essenza dell'uomo, evocando un nucleo irriducibile di pretese (i diritti umani) che necessariamente gli appartengono in quanto tale e la cui negazione è negazione dell'umano[799].

Già da tale definizione, transitata dal pensiero filosofico a quella giuridico, emergono due tratti caratterizzanti la dignità, individuati nell'aspetto generico e assoluto del diritto umano.

Sul primo versante, non è chiaro quali siano gli attributi dell'uomo che ne rappresentino la "quintessenza", che dipendono dalla mutevolezza di valori e che non sono mai esplicitamente elencati.

Questo aspetto ha permesso al concetto di costituire uno dei principali tratti unificanti delle varie esperienze costituenti del periodo post-bellico, connotate da una sostanziale "apertura"[800], e ha, in tal senso, permeato le moderne Carte dei diritti, contribuendo alla universalizzazione dei diritti umani[801].

---

dell'uguaglianza e difesa dello Stato, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, cit., 124 ss.

[797] Sulla dignità come bene giuridico protetto dai discorsi d'odio (anche negazionisti) *infra* cap. 3, par. 5.1. In dottrina, come si è già rilevato, seguono questa ricostruzione, *ex multis*, L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019, 212 ss.; L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 149; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, 237 ss.; M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in AA.VV. (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 310 ss.

[798] *Infra* cap. 2 par. 2.

[799] La prima definizione di dignità egualitaria si deve a Kant nella sua Fondazione della metafisica dei costumi (su cui v. M. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant, Milano*, 1981, 69 ss.). Sull'evoluzione filosofica del concetto di dignità e il passaggio da una dignità «di prestazione», legata alle particolari qualità di determinati individui, ad una dignità «di dotazione», di cui tutti sono egualmente provvisti, nell'ambito di un'amplissima letteratura v. M. ROSEN, *Dignità. Storia e significato*, Torino, 2013, 14 ss.; E. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011, 68 ss. Sul tema cfr. anche A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2019 che alle due connotazioni di dignità ancora la distinzione tra dignità e onore.

[800] Sulla fortuna di cui gode la dignità a livello nazionale nelle Costituzioni europee del dopoguerra v. A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa*?, cit., 126 ss. In tal senso, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà e uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 85 la definisce come «punto archimedico dell'ordinamento costituzionale».

[801] La prima e più significativa affermazione del concetto di dignità umana in ambito internazionale si trova nel Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 ed è ripresa nell'intero Capo primo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. In ambito Cedu, pur mancandone un esplicito riferimento normativo, la dignità è messa «al centro stesso del sistema» (da ultimo: C. Edu, 13 giugno 2019, Viola c. Italia). In dottrina, in generale sulla giuridicizzazione della dignità umana cfr. C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013, *passim* e A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo: geometrie costituzionali*, Napoli, 2012, 35 ss. Sul legame di tale fenomeno con gli orrori della Seconda guerra mondiale E. RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Torino, 2014, 9 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2006, 68 ss. e G. ZAGREBELSKY, *Il rifiuto dell'ingiustizia come fondamento minimo*, in AA.VV., *Lezioni su Bobbio*, Torino, 2006, 81 ss.

Nel nostro ordinamento costituzionale, pur mancandone una enunciazione chiara ed autonoma, vi sono una serie di riferimenti espliciti alla dignità (artt. 3, 36 e 41 Cost.), e la stessa Consulta ha più volte ritenuto che tale valore permei l'intero assetto delineato dalla Costituzione[802].

La genericità, tuttavia, si presta a rilievi critici non indifferenti, soprattutto quando si voglia far assurgere la dignità a bene giuridico tutelabile attraverso il diritto penale[803].

Si tratta di un concetto impreciso, troppo vago e, per molti versi, polisemico[804]: un meta-valore, privo di una solida identità predefinita, in grado di contenere tutte le possibili aggressioni all'essere umano[805] e resistente al bilanciamento con altri interessi[806]. Come tale, quindi, la dignità risulta incapace di svolgere una vera e propria funzione sistematica, dogmatico-interpretativa e di selezione critico-garantista dell'area del punito, indispensabile in un sistema penale ispirato ai principi costituzionali[807].

Tali aspetti sono accentuati se si tiene conto del secondo elemento caratterizzante la dignità, individuato nella sua assolutezza, vale a dire nel suo carattere non negoziabile, non riducibile e dunque non bilanciabile. Per sua stessa natura, in questa prospettiva, il concetto è spesso votato ad un uso pretestuoso, tanto che è stato accostato a un vero e proprio «ascensore retorico»[808] che non riesce a produrre alcun risultato utile in ordine alla concreta soluzione dei problemi in rilievo. Tutto al più, esso sarebbe in grado

---

[802] L'affermazione risale alla sentenza n. 1 del 1956 ma è stata costantemente ribadita nella giurisprudenza costituzionale. In argomento A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo: geometrie costituzionali*, cit., 95 ss.

[803] Sul legame tra dignità e diritto penale in un ordinamento democratico cfr. L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale. Pena, elementi del reato, bio-giuridica*, in BERTOLINO-FORTI (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 163 ss., 175 ss.

[804] U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana e D. von Der Pfordten, Considerazioni sul concetto di dignità umana*, in V. MARZOCCO (a cura di), *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, Torino, 2018, cit., 114 ss. sottolinea come il ricorso al concetto di dignità possa essere posto a fondamento di soluzioni normative anche antitetiche, come dimostra la giurisprudenza delle Corti che a tale concetto si richiama.

[805] Fanno luce sul carattere di maxi-valore del concetto in questione F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, 10 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. tr.*, XI, Roma, 1989; A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, Torino, 2013, 21. Più di recente, nello stesso senso si muovono le ricostruzioni di A. VALLINI, *Il fecondo pensiero di Stefano Rodotà nelle aride prospettive del biodiritto penale*, in *Rivista di biodiritto*, 1, 2018, 173 ss. e C. CARUSO, *Dignità degli altri e spazi di libertà degli intolleranti. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, 4, 2013, 810 ss. Di «concetto nebuloso» e di «*vox media* in grado di legittimare qualsiasi bene giuridico ulteriore» parla L. RISICATO, *Il saluto fascista è reato "non tenue" incompatibile con la provocazione*, in *Giur. it.*, 2019, 1913.

[806] Coglie nel segno A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 135 ss., quando rileva che «poiché l'offesa a pressoché ogni diritto alla persona è plausibilmente ricostruibile come offesa alla di lui dignità, anche ogni bilanciamento fra diritti della persona confliggenti può ricostruirsi, di conseguenza, come un conflitto tra dignità e dignità». L'esempio dei reati di opinione (appartenenti al blocco personalistico) è perfettamente calzante, soprattutto dove si considera che la libera espressione è, secondo gli individualisti, espressione della dignità umana.

[807] Tanto è vero che vi è chi sostiene che l'intero catalogo dei delitti contro la persona si presti ad essere descritto come un'offesa al maxi-valore della dignità dell'uomo (o meglio «macro bene giuridico di categoria»). Cfr. G. PUGLISI, *La parola acuminata*, cit., 1330 e G. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, 2010, 4 ss. E ancora, sulla dignità come bene *omnibus* in grado di fornire copertura assiologica e legittimazione costituzionale a tutte le fattispecie penali in cui sono implicati aspetti della persona umana A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., il quale parla di «etichetta tappa-buchi» e G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 558.

[808] Così, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 38.

– per la carica ideale di particolare intensità che sottende, il potenziale etico-emozionale che evoca ed i suoi contenuti irrimediabilmente vaghi – di «alterare» gli interessi da bilanciare[809].

L'assolutezza ha un'altra conseguenza paradossale significativa, strettamente connessa al carattere multidimensionale di tale interesse.. Rende possibile, infatti, che la dignità rappresenti non solo uno strumento per ampliare il catalogo dei diritti riconducibili al singolo individuo (dignità individuale o soggettiva), ma anche un mezzo per imporre al singolo i modelli valoriali dominanti (dignità collettiva o oggettiva), a scapito del pluralismo e della diversità[810]. Rispetto al diritto penale, tali declinazioni sono divenute uno strumento per veicolare (dignità collettiva) e per osteggiare (dignità soggettiva) le tendenze paternalistiche che caratterizzano alcuni ambiti sensibili della legislazione[811].

Quanto detto è sufficiente a ritenere che le caratteristiche strutturali della dignità costituiscono le principali ragioni che militano contro il suo utilizzo quale immediato contro-interesse legittimante la punizione delle opinioni, a cui è spesso accostata per ragioni legate alla trasposizione di documenti internazionali[812].

L'adozione di una oggettività giuridica così vaga ed esposta al rischio di un uso retorico rende superflua qualsiasi discussione intorno alle scelte dell'incriminazione, opacizzando il discorso – necessario per l'idea dell'offensività e della *extrema ratio* – sulle ragioni che inducono a utilizzare la sanzione penale[813]. Così, l'inafferrabilità della dignità rende impossibile ritagliare tipologie di offese, da riferire ad un'entità dalla scarsissima portata selettiva e potenzialmente onnivora, incapace di soddisfare sia la funzione critica sia quella sistematica del bene giuridico[814].

Tali riflessioni non escludono, tuttavia, che nel tentativo di individuare contro-interessi maggiormente circoscritti e definiti, ci si possa servire della dignità, in aggiunta al bene giuridico tutelato, per segnalare la crucialità della tutela di determinati beni colorandoli di significati culturalmente pregnanti e la profondità delle offese arrecate[815].

---

[809] Così, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 135 ss. Nella medesima direzione, si muovono anche le riflessioni di G. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccontare*, cit., 288; F. BOGGI, *Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti*, in *Ragione pratica*, 2008, 31, 366 ss. e G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., 559.

[810] Sulla dignità individuale, in generale, S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 241 ss. Nella dottrina penalistica su tale nozione di dignità come criterio delimitativo della tutela penale F. GIUNTA, *I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature*, in AA.VV. (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà,* Atti del Convengo, Pisa, 12 ottobre 2018, Torino, 2019, 40 ss.

[811] Nella giurisprudenza costituzionale, da un lato, la nozione soggettiva di dignità ha fatto breccia – anche se in parte ridimensionata – sulle tematiche del fine vita in tema di aiuto al suicidio (Corte cost. nn. 207/2018 e 242/2010). Dall'altro lato, la nozione oggettiva di dignità è stata alla base della pronuncia che ha salvato dalla illegittimità costituzionale le condotte di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione consensuale (Corte cost. n. 141/2019). Sul possibile cortocircuito della giurisprudenza costituzionale in tema di dignità *infra* cap. 2 par. 4.

[812] Sulla trasposizione *tout court* del concetto dalle Convenzioni internazionali in ambito penalistico, L. GOISIS, *Crimini d'odio,* cit., 212 ss.

[813] In questo senso, A. TESAURO, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 967 ss. e A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 143 ss.

[814] Così F. GIUNTA, *I beni della persona penalmente tutelati*, cit., 41 ss.

[815] È questa la soluzione individuata da A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 143 ss. con riguardo ai discorsi d'odio. La stessa considerazione viene seguita da R. BARTOLI, *Chiaro e oscuro dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in AA.VV. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014, 151 (con riguardo ai delitti di terrorismo) e da F. PALAZZO,

Applicando tali coordinate ermeneutiche alla rilevanza penale dei discorsi d'odio, dunque, la dignità umana che, da sola, non può rappresentare il referente di offensività può essere affiancata all'uguaglianza, al fine di descrivere l'offesa in termini più circoscritti.

La pari dignità come fondamento della punibilità, oltra ad essere direttamente agganciata all'art. 3 Cost., presenta una portata selettiva sicuramente maggiore rispetto al generico e retorico riferimento alla dignità dell'uomo *tout court*, centrando la legislazione antidiscriminatoria sulla tutela contro i trattamenti diseguali di un essere umano per ragioni legate ad una serie di caratteristiche immodificabili[816].

L'indicazione costituzionale nel senso di una "pari dignità sociale", inoltre, indica – selezionando ulteriormente l'area del penalmente rilevante – che è la dimensione sociale della dignità e dell'uguaglianza a venire in rilievo. Così, le ragioni della tutela accordata nei confronti del fenomeno in esame risiedono non tanto nella dimensione individuale di mortificazione e odio, quanto nella prospettiva esterna e intersoggettiva dei suoi effetti[817].

In definitiva, si intende proteggere «la singola persona che – in ragione delle caratteristiche immodificabili che la rendono membro di un gruppo – si veda negata quella pretesa di uguale rispetto che la depriva degli strumenti per poter esplicare la propria personalità nelle relazioni intersoggettive e nelle formazioni sociali nelle quali la stessa si colloca»[818].

Se la valorizzazione della dimensione sociale di dignità e uguaglianza vale a delimitare l'offesa posta a fondamento della limitazione di condotte espressive nei discorsi d'odio, non può dirsi altrettanto rispetto alla sottospecie dei discorsi c.d. negazionisti.

Come si è già detto (*infra*, cap. 3 par. 6), con riguardo a queste ultime fattispecie (art. 604 *bis* ult. co. c.p.) il riferente teleologico è comunemente individuato nella verità storica e nella memoria. Si tratta di concetti tutt'altro che definiti e immutabili, connotati da vaghezza e imprecisione, in quanto il relativo contenuto risulta inevitabilmente condizionato da soggettivismi e giudizi di valore[819].

La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà, in AA.VV., *La tutela della persona umana*, cit., 132 (con riguardo alle mutilazioni genitali femminili e alla tortura).

[816] Sulla pari dignità come bene giuridico protetto dall'art. 604 *bis* c.p. G. DE FRANCESCO, *Commento al d.l. 26/4/1993 conv. Con modifiche dalla l. n. 205/93*, in *Leg. Pen.*, 2, 1994, 179; E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale*, cit., 97; 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*, cit., 117. Più di recente, attraverso un'indagine anche comparatistica con il sistema statunitense, segue questa tesi A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit.

[817] La valorizzazione della dimensione sociale della dignità e uguaglianza in ossequio all'art. 3 Cost. è sostenuta da M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*; A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in D. TEGA, *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 199 ss.; G. PUGLISI, *La parola acuminata*, cit., 1336. In senso critico: M. RONCO, *Libertà di manifestazione del pensiero e nuove istanze punitive*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei*, Milano, 2016, 183.

[818] Così, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?,* cit., 147-148 che riprende le riflessioni di M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, cit., 1020.

[819] In senso critico sulla verità come bene giuridico G. DELLA MORTE*, Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano*, cit.

È evidente, allora, la loro inidoneità a riempire di contenuto il richiamo, di per sé amplissimo, alla dignità umana – direttamente collegata qui alle vicende cha hanno portato al suo riconoscimento[820] – per fondare la relativa limitazione della libera espressione[821].

Per queste ragioni, la dottrina penalistica maggioritaria evidenzia l'insoddisfazione di tale referente, mettendo in serio dubbio la legittimità dell'uso dello strumento penale che rischia di limitare ingiustificatamente non solo la libera espressione ma anche la libertà alla ricerca storica (art. 33 Cost.)[822].

4.2. La *probatio diabolica* del giudizio prognostico-psichico del pericolo concreto implicito: un «abisso che solo la fantasia può misurare»

Nonostante gli opportuni aggiustamenti finora suggeriti nel senso dell'enfatizzazione della dimensione offensiva dei reati di opinione, sia nel modello tradizionale di impronta pubblico-statuale sia in quello più recente di matrice personalistica, gli oggetti della relativa tutela – l'ordine pubblico materiale nella sua concezione minimale e la pari dignità sociale – non riescono ad emanciparsi completamente dai connotati ontologicamente immateriali.

L'affievolimento della portata d'offesa è accentuato perché, come si è già ampiamento detto, la protezione penale di tali beni è affidata a fattispecie che anticipano notevolmente la soglia di intervento del diritto criminale, ai margini della libera espressione.

Si è anche già visto che, strutturalmente, il legislatore ha costruito reati di condotta caratterizzati dal pericolo presunto, accontentandosi, ai fini della punibilità, del solo fatto dell'istigazione (dell'apologia e della propaganda), a prescindere da eventuali effetti esterni. Ha giudicato, cioè, tali forme espressive pericolose in sé, senza richiedere al giudice del caso concreto l'accertamento della concreta offensività della stessa rispetto ai beni giuridici tutelati[823].

La Corte costituzionale ha suggerito una interpretazione costituzionalmente orientata dei reati in esame che, affermatasi in relazione alle tradizionali ipotesi di incriminazione della parola pericolosa di cui agli artt. 414-415 c.p. così come di quelle della l. Scelba, è stata poi estesa potenzialmente a qualunque altra forma di reato di opinione, ivi comprese le condotte punite ai sensi dell'art. 604 *bis* c.p. Ne è derivata una ricostruzione in termini di pericolo concreto, quale requisito implicito della tipicità della fattispecie, oggetto di necessario accertamento giudiziale.

---

[820] In questo senso A. DI GIOVINE, *Il passato che non* passa, cit., 1, 2006, XXVII e F. BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo*, cit., 6 ss.

[821] Così, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 160 ss.

[822] Per le critiche all'incriminazione del negazionismo per tale *deficit* della dimensione offensiva *infra* cap. 3 par. 6 e dottrina ivi citata.

[823] Un discorso in parte diverso va fatto rispetto alla configurazione del negazionismo come aggravante dei discorsi d'odio, in cui l'aumentato quantitativo del trattamento sanzionatorio sembra collegato all'evento del pericolo concreto di diffusione (art. 604 *bis*, ult. co., c.p.).

La soluzione è stata criticata aspramente dalla penalistica italiana. Da un lato, il rischio paventato attiene a profili di tipicità dei reati di opinione che risulterebbero alterati, con accentuazione del divario tra conformità al modello legale e offensività del fatto[824]. Dall'altro lato, le perplessità sono sollevate perché il carattere superindividuale e normativo-ideale dei potenziali oggetti di tutela rende complessa la formulazione di un giudizio di idoneità della singola condotta lesiva.

A ciò si aggiunga che la formulazione della massima di esperienza su cui si fonda il giudizio prognostico del giudice è facilmente influenzabile – e quindi distorta – dal contesto storico-sociale di riferimento dei fenomeni oggetto di accertamento[825], nonché dalla moltiplicazione – per effetto dell'uso massiccio del mezzo di *Internet* – dei centri di imputazione della comunicazione che, vista la crescita esponenziale dei possibili recettori, è costantemente pubblica[826].

La prova del passaggio dalle parole al pericolo dei fatti è, invero, di complessa individuazione, non solo per le incertezze sul significato dell'idoneità[827], ma anche per le problematicità ricostruttive derivanti dall'innesto su un giudizio prognostico delle complesse verifiche dei nessi psicologici e motivazionali tipici della causalità psichica[828].

In buona sostanza, la «probatio diabolica»[829] si fonda sull'accertamento di un unico fatto reale effettivamente accaduto – la manifestazione del pensiero – a fronte di due passaggi – solo – ipotetici da verificare[830].

---

[824] In questo senso, G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, in *Arch. pen.*, 1976, 15.

[825] Tra le voci più critiche C. FIORE, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, cit., 901 e D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 252 ss. Gli Autori sottolineano il rischio che la tecnica di accertamento del pericolo concreto si intrecci con le variazioni degli orientamenti politico-culturali e del senso comune, con conseguenze rilevanti in termini di esercizio della libera espressione. In questo senso, l'influenza del contesto storico permetterebbe a tali reati di «germogliare di nuovo» o di «rivitalizzare in senso autoritario i grumi normativi lasciati sopravvivere».

[826] A. GALLUCCIO*, Punire la parola pericolosa?*, cit., 385 individua nell'avvento di *Internet* «il colpo di grazia» al modello di accertamento dell'idoneità lesiva della parola fondato sul pericolo concreto, posto che la nuova comunicazione si presta ad essere *in re ipsa* pericolosa. Sugli effetti di tale iper-comunicazione caotica nell'accertamento della fattispecie d'opinione, in senso critico, cfr. anche C. FIORE*, I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, cit., 898; G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare,* cit., 1039 e P. GAETA, *Limiti di espressione dell'antagonismo politico e giurisprudenza di legittimità: riflessioni sparse*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 909.

[827] Sui diversi criteri dell'idoneità e sull'impossibilità di accontentarsi della mera possibilità rispetto alle limitazioni penalistiche della libera espressione cfr. V. NARDI, *Quando la "parola pericolosa" è ritenuta penalmente irrilevante*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1228 e M PELISSERO, *Reato politico*, cit., 337. Sul dibattito dell'interpretazione dell'idoneità tra possibilità e probabilità v. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, *Le promesse non mantenute del diritto penale,* Milano, 2012, 33.

[828] Sul tema della causalità psichica, ampiamente dibattuto in dottrina soprattutto nell'ambito del concorso nel reato, cfr. L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione del nesso causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975, 102 ss.; D. CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persona. Il problema dell'interazione psichica*, in DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 189 ss.; M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. Pen.,* 2004, 819 ss.; A. SERENI*, Istigazione al reato e autoresponsabilità, Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, 92 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1983, 1121 ss. Sulla causalità psichica nelle fattispecie istigatorie di parte speciale cfr. F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, cit., 197 ss. e ID., *La criminalizzazione della parola: considerazioni tra diritto e processo su un probabile ossimoro*, in *Pen.*, 2020, 47 ss.

[829] Così, L. RISICATO, *La causalità psichica*, cit., 53 ss.

[830] In proposito, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., opportunamente distingue il giudizio di causabilità psichica da compiersi, caso per caso, nelle fattispecie incriminatrici della parola pericolosa e le ipotesi di causalità psichica in senso stretto, caratterizzate da relazioni tra due fatti reali (la manifestazione del pensiero e il reato compiuto dal soggetto

Ci si ritrova, evidentemente, sull'orlo dell'«abisso che solo la fantasia può misurare, tra un dire nostro e un fare altrui»[831].

Siccome, poi, il secondo termine della relazione di idoneità è ignoto ed è rappresentato da un macro-evento lesivo, le leggi di esperienza in queste ipotesi assumono necessariamente carattere storico, sociologico e politico (c.d. scienze *soft*), spettando in ultima istanza al giudice il compito di valutare la complessità della situazione politica e sociale del paese al momento della condotta posta in essere.

Come si è ampiamente osservato nei capitoli precedenti, i dubbi paventati dalla dottrina italiana hanno trovato una piena realizzazione nell'operato dei giudici, sia di merito che di legittimità. L'analisi delle sentenze – per la verità quantitativamente non numerose – ha dimostrato la debolezza della tecnica di accertamento del pericolo concreto, relegata a mera dichiarazione di principio e difficilmente declinata nella sua portata garantistica a tutela della libertà di espressione.

Il pericolo concreto, lungi dal garantire la portata offensiva della fattispecie e dal limitarne l'ambito applicativo, si trasforma in un «elemento foriero di interpretazioni giudiziali arbitrarie, modulabili secondo giudizio soggettivo dell'interprete e condizionate dai contingenti bisogni di pena»[832].

Le dinamiche distorsive del giudizio di idoneità emergono emblematicamente rispetto all'applicazione giudiziale dell'istigazione (o apologia) al terrorismo internazionale, laddove le caratteristiche di allarme sociale portano a insinuare nel giudizio prognostico presunzioni di pericolosità[833], nonché a comportare una più o meno inconscia adesione al fenomeno della c.d. "processualizzazione degli istituti di diritto penale sostanziale"[834].

Il sistema, così delineato, si presta ad esegesi incerte e fortemente eterogenee, condizionate – in mancanza di attendibili criteri di verificabilità alternativi – dai tipi di situazione portati a giudizio e dal contesto politico-ideologico di contorno (c.d. «entropia ermeneutica»)[835]; tanto che, paradossalmente, le differenti valutazioni giudiziali sul pericolo concreto, filtrate dalle diverse sensibilità politico-ideologiche, possono condurre ad esiti opposti anche rispetto ad una medesima condotta storicamente accertata[836].

---

che la accoglie). Nella fattispecie d'opinione, in altri termini, sono incriminate «forme di causalità psichica particolarmente insidiose perché punibili già nella forma del pericolo».

[831] La suggestiva espressione è di C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 25.

[832] Così, M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., 340 ss. Assai critico con riguardo all'indeterminatezza del pericolo concreto e alla conseguente discrezionalità giudiziale nel suo accertamento è G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale:*, cit., 721 ss. In tal senso v. anche la riflessione di F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., 144.

[833] Il che vale a dire che rispetto al terrorismo internazionale il pericolo «è sempre concreto» (così A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?,* cit., 386).

[834] Il fenomeno consiste nella ricostruzione della fattispecie sostanziali sulla base delle evidenze probatorie concrete. Per l'analisi di tale tendenza nel diverso contesto del concorso esterno in associazione mafiosa, specie nell'era post Mannino, cfr. V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., 126 ss.

[835] Di «entropia ermeneutica» parla V. MAIELLO, *Il cantiere sempre aperto del concorso esterno*, in *Sist. pen.*, febbraio 2021 con riguardo alla fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa, in cui il condizionamento ermeneutico assume una dimensione di particolare complessità che «rende ragione delle dissimmetrie applicative che caratterizzano la sua esperienza».

[836] Da ultimo, cfr. Trib. Milano n. 13843 del 2018 e n. 2488 del 2019: rispetto alla stessa vicenda (una manifestazione di commemorazione dei caduti della rivoluzione fascista) l'imputato che aveva chiesto il giudizio abbreviato è stato condannato per manifestazioni fasciste e gli imputati giudicati con il rito ordinario sono stati assolti con formula piena. L'esito diverso è frutto proprio di una diversa prognosi circa la concreta idoneità lesiva della condotta dei partecipanti,

Il più delle volte, infatti, sono soprattutto le caratteristiche dei casi concreti e una attenzione al pericolo rapportato a fenomeni di particolare allarme sociale, e non già la previa adesione a un modello definitorio prescelto in astratto, a influenzare la definizione giudiziale delle singole controversie[837].

D'altro lato, un rigoroso accertamento del pericolo concreto condannerebbe la maggior parte di queste figure ad una totale inutilità per la sproporzione esistente tra la micro-condotta con cui si esprime il pensiero e il macro-evento di esercizio della violenza che si dovrebbe cagionare. È, per esempio, estremamente inverosimile che un'isolata condotta di apologia, in condizioni di normalità della vita civile dello Stato, possa mettere a repentaglio la sicurezza collettiva; così come un unico messaggio razzista difficilmente riesce a far sviluppare quel sentimento che impedisca di percepirsi come individuo dotato di uguale dignità[838].

A fronte di tali perplessità sollevate dalla dottrina e comprovate dall'applicazione pratica delle fattispecie nella prassi giudiziaria, si è proposto di superare in questa materia la tecnica del pericolo concreto, incapace di costituire un argine a tutela della libertà di espressione[839].

La via percorribile – *de jure condendo* – sarebbe quella di un rigoroso ricorso al modello del pericolo astratto, nel senso che il legislatore dovrebbe farsi carico di tipizzare *ex ante* i connotati che rendono determinate condotte generalmente e ragionevolmente idonee a provocare danni o pericoli, senza più affidare al giudice il compito delicato di verificare caso per caso l'effetto temuto[840].

Tale tecnica risulta infatti maggiormente idonea alla tutela di beni che, con le caratteristiche enucleate, comportano una limitazione penale della libera manifestazione pensiero.

È noto che quanto più l'oggetto giuridico si emancipi da profili naturalistici-descrittivi, tanto più la tecnica di tutela del pericolo concreto si dimostra inadeguata a descrivere l'offesa e si impone il ricorso agli

---

pur in presenza di medesimi elementi. Sulla vicenda, emblematica della scarsa tenuta del giudizio di pericolosità concreta nei reati di opinione, v. C. BRUSCO, *Contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione e applicazione delle leggi di contrasto al neofascismo*, cit.; D. TARANTINO, *Diritto penale e culto del littorio. La repressione dell'uso di simboli fascisti tra* ius conditum *e* ius condendum, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2020, 263 e A. GALLUCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 391.

[837] Sulla difficoltà giudiziaria di separare il fenomeno (anche quando di particolare allarme sociale) dall'accadimento concreto oggetto di giudizio, con riguardo al discorso fascista, D. PULITANÒ, *Legge penale, fascismo, pensiero ostile*, in *Riv. dir. media*, 1, 2019, 16 ss. e D. TARANTINO, *Diritto penale e culto del littori*o, cit., 263 e, con riguardo al negazionismo, A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale,* V, Milano, 2020, 66. In generale, sul «primato della prassi» imposto dal principio di realtà nel sistema giuridico-penale moderno e sulla conseguente crisi di «statualità del diritto, legge, principio di rigidissima legalità, principio di rigidissima divisione dei poteri, gerarchia delle fonti», archiviati come «idoli venerati della vecchia mitologia giuridica della modernità ormai miseramente infranti», v. A. DE VITA, *"Filosofia della prassi" o "Medioevo penale"? Il futuro del metodo del diritto penale visto da una retrospettiva della scuola positiva*, in *Crit. dir.,* 2007, 2, 208 ss. L'Autore, pur senza negare la natura sovrastrutturale del diritto quale dimensione della vita sociale, propone di ricostruire il diritto penale moderno come «filosofia della prassi», integrando scienze penali e criminologiche e recuperando il metodo scientifico sperimentale introdotto dalla scuola positiva.

[838] L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 154 ss., nella sua recente analisi sul punto, sottolinea che sono proprio le scienze sociali – metro di giudizio di questa materia – a confermare che le dinamiche dell'offesa nei reati di opinione sono, verosimilmente, seriali o cumulative.

[839] Sull'impraticabilità della tecnica del pericolo concreto per la tutela di interessi superindividuali del tipo di quelli protetti dai reati di opinione cfr. M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., 342.

[840] La prospettiva del pericolo astratto e della rigorosa tipizzazione legislativa delle condotte punibili è avanzata da C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 247 ss. e ripresa da A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa*, cit., 395 ss.

schemi presuntivi tipici del pericolo astratto[841], sempre che la presunzione venga fondata su consolidate massime di esperienza o regole scientifiche riconosciute[842].
D'altro lato, l'esigenza di una selezione legislativa, quanto più precisa possibile, delle condotte d'opinione punibili si connette alla necessità di identificare e predeterminare le scienze "*soft*" che rappresentano il metro di giudizio, senza che la prognosi riposi tutta sulle spalle del giudice del caso concreto[843].
Così rigorosamente configurato, lo schema del pericolo astratto parrebbe, dunque, coniugare le istanze democratiche con il rispetto dei diritti fondamentali, (ri)costruendo le limitazioni penalistiche alla libera espressione in linea con la logica dell'*extrema ratio*.

5. Le ultime frontiere: il *quomodo* ed il *quantum* della punizione

Se il principio di offensività – tradizionalmente invocato in questa materia – non è verosimilmente in grado di delimitare i confini esterni dell'incriminazione, è però possibile riservare ad esso un ruolo diverso di orientamento delle scelte relative al come punire.
In questo senso, accanto ai capisaldi classici su cui da tempo si è concentrata l'attenzione della dottrina penalistica, la legittimità dei reati di opinione può essere indagata alla luce di principi inediti che, pur essendo in un certo senso connessi ai profili di offesa, risultano maggiormente valorizzati in tempi recenti dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale e, quindi, in una prospettiva *de jure condendo*, più facilmente giustiziabili.

6. L'indeterminatezza congenita e l'imprevedibilità dei precetti: i risvolti processuali

In questo senso, la tensione emerge rispetto al principio di legalità *sub specie* di precisione e determinatezza[844], anche nella declinazione qualitativa – di derivazione convenzionale – della prevedibilità del precetto e della conseguente condanna.

---

[841] Sul rapporto tra la costruzione del reato come illecito di danno o di pericolo (concreto o astratto) e la natura dei beni protetti cfr., tra i tanti, M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 212, 256 e F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 472 ss.
[842] In questo senso è orientata la giurisprudenza costituzionale a partire da C. cost. 333 del 1991.
[843] M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., 154 ss. sottolinea che nella logica del pericolo concreto ogni giudice si fa produttore, a posteriori, della regola di giudizio del caso concreto, selezionando in base al senso comune di un determinato momento storico.
[844] Il dato è comune alla materia del delitto politico, come sottolineato da M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., 409. In generale, la dottrina sul principio è amplissima. Tra gli altri, cfr. G. VASSALLI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena sine lege,* in *Dig. disc. pen.,* VIII, Torino, 1994, 317 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979, 232 ss.; F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione italiana alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 179 ss. Di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale,* cit., 119 ss., è la tripartizione tra principio di precisione (al quale viene assegnato il compito di garantire una descrizione chiara e precisa del fatto e delle sue conseguenze), principio di determinatezza (cui viene ricollegata l'esigenza che il fatto descritto sia altresì suscettibile di essere provato in sede processuale) e principio di tassatività (la cui funzione è quella di vietare l'applicazione analogica delle norme incriminatrici). Più di recente, sul principio v. C. CUPELLI, *Commento all'art. 1 c.p.*, in G. LATTANZI – E.

Tutte le fattispecie in questione presentano un forte *deficit* di precisione, venendo esse generalmente imperniate dal legislatore su condotte illecite descritte utilizzando – con disinvoltura – due tecniche di normazione c.d. indeterminata[845].

Innanzitutto, proliferano gli elementi vaghi, spesso associati a modi di dire del linguaggio comune[846]. È il caso, per esempio, dell'art. 415 c.p. dove è incriminata l'istigazione all'«odio fra le classi sociali»: concetto quest'ultimo tutto politico e per certi versi "emozionale", legato alla vocazione collaborativa tra ceti e, alla lettera, applicabile anche alla diffusione di ideologie che propongono la necessità di un contrasto tra portatori di opposti interessi[847].

D'altro lato, poi, le fattispecie sono ricche di elementi normativi extragiuridici, che necessitano, per la determinazione del loro contenuto, di una etero-integrazione mediante il rinvio ad una norma diversa da quella incriminatrice e spesso a carattere sociale o di costume. Esempio emblematico di questa forma di normazione sintetica è lo stesso concetto di vilipendio, la cui definizione non è altro che una parafrasi del termine stesso[848]. Un discorso analogo vale anche per le fattispecie di apologia e di propaganda, in cui gli elementi del tipo sono generalmente incapaci di condurre ad una sufficiente determinazione delle categorie di comportamenti in grado di integrare le relative fattispecie[849].

Tutti i casi in esame dimostrano un deciso aggiramento della legalità e della tassatività, perché in realtà si è al cospetto di non-definizioni*,* figlie di una metodologia tautologica di descrizione del tipo[850].

Circa gli elementi vaghi, è difficile negare che la fattispecie penale, non essendo compiutamente determinata dalla legge, affidi la determinazione di molti suoi aspetti alla discrezione del giudice. Quanto agli elementi normativi, il rinvio a norme sociali può essere interpretato anche come rinuncia all'attuazione della riserva di legge[851]. «I due ordini di rilievi si sommano, come è evidente, nel caso che

---

LUPO (a cura di), *Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Vol. I. La legge penale e le pene*, Milano, Aggiornamento 2015, 3 ss.

[845] Sulle tecniche di descrizioni del tipo penale cfr. G. VASSALLI, *Tipicità (diritto penale),* in *Enc. dir.,* XLIV, Milano, 1992, 540; A. PAGLIARO, (voce) *Legge penale: principi generali,* in *Enc. dir.,* XXIII, Milano, 1973, 1044.

[846] Si considerino, per esempio, i diversi termini di cui all'art. 604 *bis* c.p., come hanno dimostrato anche le recenti serrate critiche volte a estenderne l'ambito di applicazione anche alla discriminazione fondata su concetti sfumati come orientamento o identità sessuale e di genere. In argomento, F. PESCE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili,* in *Dir. pen. cont.,* (ed. web), 24 marzo 2015, 32 ss.

[847] Si è già ricordato che rispetto a tale fattispecie Corte cost. n. 108/1974, commentata da G. BOGNETTI, ha affermato che la norma penale aveva carattere troppo indeterminato, richiedendo in aggiunta gli elementi della violenza e dell'idoneità.

[848] Sui profili di indeterminatezza specifici dei reati di vilipendio v. V. CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, *Indice pen.,* 1970, 547 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 152 ss. e, più di recente, A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 696 ss.

[849] Rispetto all'indeterminatezza di queste fattispecie cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 47 ss.

[850] In questo senso, F. SGUBBI, *Meccanismi di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco. Dibattito su "Il codice Rocco cinquant'anni dopo"*, in *Quest. crim.,* I, 1981, 319 ss.

[851] Sulla riserva di legge nell'attuale ordinamento costituzionale e sulla messa in crisi del suo funzionamento, non già del suo fondamento cfr. C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012, *passim*. Le riflessioni dell'Autore sulla *ratio* del principio di legalità, pur essendo declinate rispetto alla delega legislativa in materia penale, ben si adottano anche al tema in esame, in cui – a fronte della limitazione di ben due libertà fondamentali (personale e di espressione) – appare centrale salvaguardare il portato politico-ideologico che ha storicamente e geneticamente accompagnato la riserva di legge e il suo completamento nell'esigenza di determinatezza.

gli elementi in questione siano, al tempo stesso, normativi e vaghi»[852].

Un altro versante di ineffettività del principio di legalità è attinente al divieto di analogia[853]. Come dimostrato agevolmente dalle applicazioni giurisprudenziali in materia, l'indeterminatezza del tipo è causa della lettura analogica – e non meramente estensiva – dello stesso, agevolata dalla forte vaghezza dell'offesa.

Su quest'ultimo versante, va rilevato che in relazione alla "zona grigia" delineata dai precetti, al cui interno è difficile stabilire se la condotta vi rientri o meno, si è parlato di «*feed-back* di indeterminatezza»[854]. Vale a dire che l'indeterminatezza strutturale sarebbe indotta anche dalla scarsa offensività della condotta incriminata: poiché sono controversi gli stessi scopi di tutela della norma, non è possibile compiere neanche un'interpretazione teleologica che potrebbe delimitare la condotta di apologia, vilipendio e propaganda.

Specialmente in materia di reati di opinione, ciò si traduce nella possibilità per il giudice di determinare arbitrariamente, di volta in volta, il fondamento dell'incriminazione: «più oggettivata, facendo leva sulle conseguenze concrete della manifestazione di pensiero, o più soggettivata, guardando essenzialmente al soggetto-autore, alla di lui posizione politica, alla sua figura etico sociale»[855].

I profili congeniti di indeterminatezza hanno ripercussioni importanti anche sul versante processuale, essendo evidente come una normazione penale non improntata al criterio di tassatività indebolisca fortemente anche l'attuazione pratica dei principi fondamentali volti a preservare il modello accusatorio di processo penale[856]. Risulta, infatti, affievolita la garanzia dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), posto che farebbe difetto il criterio di verifica dell'osservanza di tale obbligo con conseguente esercizio dell'azione penale arbitrario e ingovernabile. Lo stesso accade rispetto al diritto alla difesa (art. 24 co. 2 Cost.), che risulterebbe frustrato data la difficoltà di confrontarsi con un'imputazione ben precisa in assenza di una puntuale descrizione legale del fatto contestato.

È noto che finora la Corte costituzionale abbia mostrato un atteggiamento di sostanziale chiusura rispetto alla giustiziabilità del fondamentale principio di determinatezza, avendo – ancora una volta per ragioni politico-criminali – quasi sempre respinto le eccezioni sollevate sotto tale profilo[857]. Così, sono passati

---

[852] Così, A. PAGLIARO, (voce) *Legge penale: principi generali*, cit., 1045.

[853] Sull'analogia e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva cfr. G. VASSALLI, (voce) *Analogia nel diritto penale,* in *Dig. disc. pen.,* vol. I, Torino, 1987, 160; M. VIGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in materia penale*, Torino, 2011.

[854] Tale rilievo è di A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione,* cit., 699 ss. (con riguardo al vilipendio politico).

[855] Così, F. SGUBBI, *Meccanismo di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco, cit.,* 320.

[856] Sulle ricadute dell'indeterminatezza dei precetti sul versante processuale cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, cit.,* 78. Con riguardo a tali profili connessi alla struttura astratta e all'accertamento in concreto dei reati di opinione v. A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 367 ss., 415.

[857] Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di determinatezza cfr. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e credibilità della regola iuris*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 49 ss. Per un più recente quadro ricostruttivo delle linee di tendenza principali del controllo di costituzionale, anche con riguardo alla determinatezza, v. G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 13 ss.

indenni sotto il suo vaglio, nell'arco di mezzo secolo, quasi tutti i reati appartenenti al fenomeno politico-criminale della punizione delle opinioni.

Epperò, nel – più o meno immediato – futuro vi sono buone ragioni per prospettare soluzioni più decise.

Un primo spunto in tal senso può ricavarsi proprio da una corretta lettura della giurisprudenza costituzionale in tema di determinatezza. Il carattere del giudizio di idoneità offensiva, imperniato sul metro della causalità psichica, che caratterizza queste fattispecie induce ad assimilarle a quella, costituzionalmente illegittima, di plagio (art. 603 c.p.) per l'identica impossibilità di prova nel processo[858].

In questo modo, si fa strada la possibilità che un'interpretazione in termini di pericolo concreto di reati protettivi di beni giuridici peculiari, sulla base di tipi non sufficientemente precisi, che demandino al giudice un accertamento strutturalmente incerto e insuscettibile di prova contraria, rappresenti una violazione evidente della determinatezza, oltreché dei correlativi parametri processuali[859].

Del resto, di recente, la Consulta ha ribadito che in materia penale sono precluse interpretazioni non solo *contra legem* ma anche semplicemente *praeter legem in malam partem*, essendo ammissibili solo letture *secundum legem*, vale a dire compatibili con il dato letterale[860].

È vero che la giurisprudenza può contribuire a rendere più chiaro e univoco il significato delle norme incriminatrici facendo ricorso all'interpretazione, se del caso anche estensiva e di tipo integrato-sistemico[861](c.d. momento giurisprudenziale[862]). Tuttavia, la Corte esclude la legittimità di una

---

[858] Viene in questione la fondamentale pronuncia di accoglimento in tema di plagio (C. cost. n. 96 del 1981), che ha avuto il merito di precisare che la determinatezza o tassatività della fattispecie incriminatrice non attiene soltanto alla sua formulazione linguistica, ma implica anche la verificabilità empirica del fatto da essa disciplinato, Sul punto, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 49 ss.

[859] In questo senso, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa*, cit., 416.

[860] Sul tema, in generale, cfr. G. FIANDACA, *Il diritto giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, 46 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2016, 27 ss. e G. INSOLERA, *Il limite della legge*, in ID., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, 117 ss. Quest'ultimo individua, non senza denunciarne le criticità, l'emersione di una «dimensione tassativa del tipo». Di reati forgiati dal formante giurisprudenziale vi sono una serie di esempi nel sistema: è il caso del c.d. disastro ambientale, ricondotto al *genus* dei disastri innominati (art. 434 c.p.), su cui da ultimo A. GARGANI, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, febbraio 2020, ovvero del concorso esterno in associazione mafiosa (artt. 110-416 bis c.p.) da cui, secondo V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., emerge una vera e propria «tipicità *praeter legem*» (in chiave sostanzialmente adesiva, F. SIRACUSANO, *La contiguità alla mafia tra paradigmi sociologici e rilevanza penale*, in *Arch. pen.*, 2016, 1, 101 ss.); e, ancora, della lottizzazione abusiva c.d. negoziale, anch'essa frutto dei «processi di creazionismo giudiziario», come segnalato da ultimo da A. ALBERICO, *Lottizzazione negoziale e confisca urbanistica: un binomio (in)dissolubile?*, in *Arch. pen*., aprile 2021, 3.

[861] Il criterio dell'interpretazione integrata e sistemica implica che gli elementi della fattispecie vadano interpretati in rapporto agli altri elementi e alla disciplina più generale in cui la fattispecie si inserisce. Il canone, inaugurato da C. cost. n. 282 del 2010 e n. 174 del 2014 (in materia di *stalking*), è stato recentemente seguito da Cass., Sez. Un., 16 luglio 2020, n. 27326 sulla nozione di abuso di autorità (art. 609 *bis* c.p.). Sul tema dell'interpretazione sono fondamentali le riflessioni di A. KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa"*, (1965), tr. it., Napoli, 2003; W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, (1968), tr. it., Napoli, 2007, con saggio introduttivo di G. CARLIZZI, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*

[862] Sulla distinzione tra momento giurisprudenziale, con cui necessariamente la legalità (anche penale) deve convivere, e diritto giudiziario v. V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, VI, Aggiornamento, Milano, 2002, 885. I rilievi sono ripresi da G. INSOLERA, *Post scriptum*, in C. GUARNIERI – G. INSOLERA – L. ZILLETTI (a cura di), A*natomia del potere giudiziario: la giustizia costituzionale*, Roma, 2019, 166.

interpretazione tassativizzante che valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale (c.d. diritto giudiziario) [863].

Tali rilievi si adattano perfettamente alla materia in esame, in cui le fattispecie sono caratterizzate da un *deficit* di precisione strutturale, salvato – in astratto – da esegesi pretorie che, tra l'altro, non riescono – in concreto – a emanciparle dai suddetti profili di criticità costituzionale.

La seconda direttrice che pare valorizzare i suddetti aspetti è l'inedita dimensione qualitativa della prevedibilità, sdoganata nel sistema convenzionale ai sensi dell'art. 7 Cedu[864].

All'indeterminatezza del fatto segue il rischio che il soggetto non si renda conto di essere entrato nella "zona grigia" sufficiente ai fini dell'imputazione penale, con pregiudizio della sua capacità di percepire il disvalore offensivo dell'atto. Così, il giudizio di colpevolezza – in cui la valutazione di prevedibilità è declinata nell'ordinamento italiano (art. 5 c.p.) – finisce inevitabilmente per aprirsi alle esigenze preventive e per perdere i suoi connotati laici[865].

---

[863] Nessuna interpretazione può surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta* con cui si intendono garantire ai consociati «libere scelte d'azioni» (Corte cost. n. 364 del 1988, richiamata da C. cost. n. 327 del 2008). É indispensabile l'esistenza di un diritto scritto di produzione legislativa rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutinare nelle eventuali zone d'ombra» (C. cost. 115 del 2018 su cui, tra gli altri, C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018, 6, 227 ss.). Sui rapporti tra legge e giudice nella materia penale e in senso critico sul ruolo del formante giurisprudenziale nella descrizione dei tipi criminosi cfr. G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, II, 2351 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2013, 40; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 gennaio 2018, 21 ss. Di recente, sul tema cfr. V. MAIELLO, *La legalità della legge al tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020 e F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1249 ss.

[864] Sia pure limitata al sistema delle misure di prevenzione, e al principio libera circolazione, è estremamente significativa la pronuncia di C. Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1039 ss. con commento di V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*. Per le ricadute di tale arresto nel nostro ordinamento, cfr. Cass., SS.UU., 27 aprile 2017, n. 40076 e Corte cost. nn. 24 e 25 del 2019. Quest'ultima pronuncia, in particolare, muovendosi lungo i tracciati delineati da C. cost. n. 230/2012 (in tema di *abolitio criminis* giurisprudenziale), pare «riaffermare il modello costituzionale della separazione dei poteri, segnatamente nella materia penale ove le ragioni di certezza giuridica e di funzionalità costituzionale che ne illuminano la *ratio* si intrecciano con quelle propriamente garantistiche veicolate dalla legalità panale». Così, V. MAIELLO, L*a violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra "abolitio" giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 777 ss. Per una ricostruzione diversa della sentenza, F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla Cedu di una fattispecie di reato*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9, 2017.

[865] In questo senso M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., 447 ss. e L. ALESANi, *I reati di opinione*, cit., 349 ss. Quest'ultima Autrice, al fine di evitare il rischio paventato con riguardo al giudizio di colpevolezza, propone una lettura della tipicità soggettiva delle fattispecie d'opinione in termini di dolo intenzionale, in grado di colmare il *deficit* di determinatezza della tipicità oggettiva e filtrare il novero delle espressioni punibili. In questo stesso senso v. V. ZAGREBELSKY, *Codice penale, Parte speciale. I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV. (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1996, IV, 547. In argomento, v. L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici della fattispecie penale*, 1993, 124 ss., che nel ricostruire l'elemento soggettivo dei delitti di opinione nota «rilevanti incongruenze» tra le tesi del dolo specifico implicito (così, E. CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 24 ss.) e quelle del dolo generico arricchito di elementi di pregnanza esterna (così, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1983, VI, 174).

Nell'assetto attuale, dato che, come si è visto, la rilevanza penale delle condotte espressive è ricostruita giudizialmente sulla base di elementi di contesto, evidenze delle scienze c.d. *soft* e massime di esperienza condizionate da valutazioni discrezionali, i risultati dei processi per reato di opinione sono assolutamente imprevedibili[866].

La descrizione normativa delle fattispecie non permette, come si è visto, al cittadino di discernere chiaramente e a priori tra opinioni consentite e opinioni vietate.

Proprio l'aspetto della prevedibilità della legge penale dovrebbe essere particolarmente sentito in questa materia. E infatti, posto che la linea di confine che il diritto penale traccia, tramite la norma incriminatrice, separa un fatto di reato non da una qualunque condotta, bensì dal legittimo esercizio di un diritto fondamentale, le opinioni punite dovrebbero essere immediatamente e chiaramente riconoscibili da chiunque.

7. La proporzionalità della pena detentiva per le limitazioni penalistiche della libera espressione: l'*input* convenzionale e i casi limite

Altro significativo banco di prova di tali delitti è rappresentato dal giudizio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio irrogato a fronte della limitazione penale della libera espressione.

Le norme incriminatrici in esame prevedono, specie nel caso dei reati di opinione politici posti a tutela della personalità dello Stato, margini edittali molto elevati. Ma anche al di fuori di tale titolo i livelli sanzionatori non possono certo dirsi miti, nonostante il generale ritocco al ribasso derivato dalla riforma del 2006[867].

Pene siffatte si spiegano in relazione al sistema di valori di cui era espressione il codice Rocco. Nella prospettiva di un sistema giuridico-politico, come quello fascista, caratterizzato dalla sacralizzazione dell'idea di Stato, questi reati, costituendo l'espressione di contro-valori rispetto ai valori morali incarnati nell'idea di nazione, rappresentavano dei fatti meritevoli di particolare riprovazione giuridico-penale.

Altrettanto evidente è, però, che comminatorie edittali così sostenute in relazione a fatti la cui sostanza è quella di offendere, o di contrastare, valori morali incarnati nello Stato, sono in profondo conflitto con il mutato clima politico e sociale, e in particolare con un assetto costituzionale imperniato sulla centralità, non più dello Stato, ma della persona umana e della sua dimensione individuale e sociale[868].

Del resto, l'esistenza di pene detentive non caratterizza solo – e per le suddette ragioni storico-ideologiche – il modello pubblico-statuale dei reati di opinione, ma connota anche la punizione delle espressioni che offendono la pari dignità, riconducibili al paradigma personalistico delle fattispecie in esame. A

[866] In questo senso, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?,* cit., 416.
[867] Si pensi che l'apologia di delitto (art. 414, co. 3 c.p.) è punita, al pari dell'istigazione, con la reclusione da uno a cinque anni, senza contare la possibile contestazione delle diverse aggravanti contemplate dal sistema.
[868] Così, A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., 700.

dimostrazione del fatto che si tratta di un'opzione politico criminale comune e – per certi versi – immanente alla repressione della parola pericolosa.

Sennonché, una valorizzazione della portata dirompente del principio di proporzionalità, quale parametro di legittimità del trattamento sanzionatorio e linea guida nelle scelte di una politica criminale costituzionalmente orientata, fa sorgere più di un dubbio sulla tenuta di siffatto sistema sanzionatorio, quale che sia la valutazione sulla meritevolezza dell'incriminazione di reati di opinione.

Il rischio di incriminare condotte lontane da un'offesa, ancorché nella forma del pericolo, del bene protetto è far apparire facilmente sproporzionato il ricorso alla pena, soprattutto laddove vi sia una scarsa probabilità che il comportamento vietato si traduca in lesione effettiva[869].

Sul tema, va rilevato che, di recente, la matrice democratica del diritto penale moderno e l'innalzamento della garanzia dei diritti per effetto dell'integrazione sovranazionale hanno dato nuova linfa al giudizio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio globalmente inteso. Esso ha assunto una vocazione trasversale nel sistema[870], imponendo che la determinazione della pena – e nella previsione astratta e nell'applicazione concreta – sia adeguata al disvalore oggettivo e soggettivo dell'illecito e compatibile con la funzione che queste assolve. Vale a dire che, il tradizionale scrutinio di ragionevolezza desumibile dall'art. 3 Cost., quale ragionevole equilibrio tra sacrificio dei diritti individuali limitati e finalità pubblica perseguita, è arricchito dalla individualizzazione imposta dalla matrice costituzionale del diritto penale (artt. 13, 25 co. 2, 27 co. 1 e 3 Cost.). Ne deriva un controllo più penetrante che permette di censurare le fattispecie in relazione all'effettivo contenuto d'offesa e al grado di colpevolezza al fine di assicurare lo scopo rieducativo[871].

Che le pene inflitte non debbano essere sproporzionate rispetto al reato si desume anche dalla Carta dei diritti euro-unitaria (artt. 49, co. 3 e 52, co. 1 Cdfue), nonché dall'art. 3 Cedu che vieta trattamenti

---

[869] Così M. PELISSERO, *Reato politico*, cit., 128 ss. In generale sul ruolo del principio di proporzione nei reati di pericolo indiretto, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica,* 1, Milano, 2001, 602 ss.

[870] La dimensione traversale del principio di proporzionalità e del criterio di ragionevolezza, al primo immanente, è sottolineata, tra gli altri da G. PERLINGIERI-A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017 con un'analisi che tratta dell'incidenza di tali concetti nelle diverse branche del diritto (anche penale), a conferma dell'unitarietà del sistema ordinamentale italoeuroepo, delle sue radici storiche e culturali che contemplano i medesimi principi normativi di riferimento.

[871] Il controllo di proporzionalità della pena, tradizionalmente vincolato all'individuazione di un *tertium comparationis*, è stato recentemente innovato da Corte cost., n. 236 del 2016 (anche Corte cost., nn. 222 del 2018 e 40 del 2019). In dottrina, cfr. A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1427 ss.; P. INSOLERA, *Reati in materia di stupefacenti e dialogo tra le Corti*, in L. DELLA RAGIONE-G. INSOLERA-G. SPANGHER (a cura di), *I reati in materia di sostanze stupefacenti (e criminalità organizzata)*, Milano, 2019, 89 ss., 124 ss.; R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2. Più di recente, il tema è stato ampiamente affrontato da G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018, 133 ss., 174 ss., 193 ss. e N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020.

disumani e degradanti. Del resto, la giurisprudenza convenzionale – in molteplici materie[872] – ha richiamato l'esigenza di proporzione come parametro di legittimità delle misure limitative dei diritti fondamentali.

E proprio la Corte Edu, quando si è trovata a valutare la compatibilità con la Convenzione dei reati che puniscono forme di espressione del pensiero (nello specifico la diffamazione commessa dal giornalista[873]), ha ritenuto la pena detentiva – benché si tratti di un ambito di competenza nazionale – generalmente sproporzionata, in quanto limitazione ingiustificata e non necessaria in una società democratica della libera manifestazione delle opinioni, vero e proprio «cane da guardia della democrazia»[874].

La conciliabilità della libertà garantita dall'art. 10 Cedu può essere riconosciuta soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza[875].

Di recente, una soluzione analoga è stata seguita – sempre con riguardo ai fatti di diffamazione a mezzo stampa – anche dalla giurisprudenza costituzionale. La Consulta, dopo aver constatato l'insuccesso della strada del dialogo con il legislatore a cui aveva demandato il compito di fissare una nuova disciplina in materia in grado di bilanciare i delicati interessi in rilievo[876], ha ribadito che se circoscritta a casi di eccezionale gravità, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, la previsione astratta e la concreta applicazione di sanzioni detentive non possono, ragionevolmente, produrre effetti di indebita intimidazione nei confronti dell'esercizio della libera manifestazione del pensiero[877].

---

[872] Si pensi alla confisca urbanistica (C. Edu, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. c. Italia*) e alla materia del *ne bis in idem* (C. Edu, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*). Da ultimo, la proporzione è stata invocata anche da C. Edu, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* in tema di ergastolo ostativo.

[873] Per una panoramica generale dei profili di tale fattispecie, descritta anche nella sua applicazione giurisprudenziale, cfr. A. GULLO, Sub *art. 595 c.p.,* in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2019, 3932 ss. Sugli orientamenti giurisprudenziali circa il rapporto tra diffamazione e pena detentiva v. S. TURCHETTI*, Cronaca giudiziaria: un primo passo della Corte di Cassazione verso l'abolizione della pena detentiva*, in *Dir. pen. cont.*, 17 aprile 2014.

[874] È questo il filone seguito, con riguardo al reato di diffamazione commesso dai giornalisti, da C. Edu, 23 aprile 2015, *Morice c. Francia*, §§ 124-139; C. Edu, 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*, §§ 47-54; C. Edu, 8 ottobre 2013, *Ricci c. Italia* e, da ultimo, C. Edu, 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*. La conclusione della Corte non muta per il fatto che la pena detentiva è sospesa (o non eseguita), mantenendo il suo effetto dissuasivo rispetto alla libera espressione. Nella stessa direzione anche C. Edu, 19 gennaio 2017, *Kapsis e Danikas c. Grecia*, § 40.

[875] Il *leading case* sul punto è C. Edu, 17 dicembre 2005, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, § 115. La centralità di tale richiamo – cruciale ai fini del presente lavoro – nello sviluppo della giurisprudenza (convenzionale, costituzionale e di legittimità) successiva è messo in evidenza, nel quadro di una analisi critica della pronuncia della Cassazione sulla vicenda Sallusti (Cass., V, 26 settembre 2012, n. 41249), da A. GULLO*, Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale*, cit., 59 ss., 76. Nello stesso senso anche E. LA ROSA, *Tutela penale dell'onore*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, Torino, 2019, 383 e, più di recente, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 315.

[876] Il riferimento è a C. cost., ord. 132 del 2020 su cui A. GULLO, *Diffamazione, pena detentiva e* chilling effect*: la Consulta bussa alla porta del legislatore*, in *Dir. pen. proc*., 2, 2021, 217 ss.; E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa e (s)proporzione del trattamento sanzionatorio: la Corte costituzionale concede al Parlamento un anno per intervenire sulla disciplina vigente*, in *Foro Italiano* news, 22 luglio 2020; G.L. GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema-Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in *Sist. pen.*, 10 giugno 2020.

[877] C. cost., 12 luglio 2021, n. 150 con nota di E. CALVO, *Diffamazione e proporzione del trattamento sanzionatorio: il dialogo tra Cassazione e Corte costituzionale.*, in *Arch. pen.*, 2021. La Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, in riferimento agli artt. 21 e 117, co. 1 Cost. (art. 10 CEDU), l'art. 13 della l. n. 47 del 1948, che prevedeva la necessaria applicazione della reclusione da uno a sei anni per il reato di diffamazione commessa a mezzo della stampa e consistente

È vero che questi principi sono stati dettati con riguardo ai reati contro l'onere e la reputazione individuale e quindi rispetto alla composizione di un bilanciamento tra interessi diversi a quelli oggetto del nostro esame. È anche innegabile che proprio le fattispecie di opinione rientranti nei due modelli enucleati confluiscono – allo stato – in quei casi eccezionali delineati dalla due Corti e rispetto ai quali la pena detentiva non appare di per sé incompatibile ed anzi è opportunamente giustificata.

Tuttavia, se non in via di incidente di costituzionalità e di ricorso convenzionale, l'abbandono della pena detentiva potrebbe essere prospettato anche rispetto ad alcuni dei bilanciamenti tra libera espressione e ordine pubblico o pari dignità, in una dimensione – si intende – *de jure condendo*.

E infatti, il legislatore resta libero, dal punto di vista del diritto costituzionale, di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali anche rinunciando del tutto o – almeno in parte – alla pena detentiva. In questo senso, la stessa Corte costituzionale ha avvertito la necessità di una complessiva riforma della disciplina vigente, allo scopo di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione alla libertà di espressone, e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela degli eventuali contro-interessi, non solo la reputazione ma anche quelli oggetto della presente indagine[878].

Che infatti tutte le fattispecie d'opinione finora esaminate e poste a tutela dei beni pubblico-statuali o personalistico-individuali abbiano – in astratto e senza alcuna possibile graduazione – quei connotati di eccezionale gravità oggettiva e soggettiva delineati dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale non è affatto scontato.

Più ragionevole – e in parte mutuabile nel terreno di questa indagine – sembra la soluzione adottata dalla Consulta con riguardo all'art. 595, co. 3 c.p., che impone una seria graduazione delle offese dei casi concreti, limitando la reclusione ai soli casi limite e confinando gli altri alla sola e – più proporzionata alla limitazione della libera espressione – multa[879].

7.1. La valorizzazione della logica rieducativa e il ripudio di sanzioni de-socializzanti: il contatto con la dimensione socioculturale avversata

nell'attribuzione di un fatto determinato. La sentenza dichiara illegittimo anche l'art. 30, co. 4, della l. n. 223 del 1990, che estendeva le sanzioni previste dall'articolo 13 della l. sulla stampa alla diffamazione commessa per mezzo della radio o della televisione. Quanto ai casi limite, la Consulta li individua, accanto ai discorsi d'odio e di istigazione alla violenza, nelle ipotesi di chi si rende responsabile di «campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, *internet* o i s*ocial media*, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della – oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi».

[878] Rispetto alla diffamazione è stato presentato in Parlamento il d.d.l. S. 812 (Caliendo) su cui, in senso critico, M.C. UBIALI, *Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva: la Corte costituzionale dà un anno di tempo al Parlamento per trovare un punto di equilib*rio *tra libertà di espressione e tutela della reputazione individuale, in linea con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1489 ss.

[879] La già citata C. Cost. 150 del 2021 ha considerato l'art. 595, co. 3 c.p. compatibile con la Costituzione, purché sia interpretato nel senso che la reclusione può essere applicata dal giudice soltanto nelle ipotesi gravi. In tutti gli altri casi, resterà invece applicabile soltanto la pena della multa, opportunamente graduata secondo la concreta gravità del fatto, oltre che i rimedi e le sanzioni civili e disciplinari. La soluzione potrebbe adottarsi anche con riguardo ai fatti di istigazione e soprattutto a quelli di propaganda puniti dall'art. 604 *bis* c.p. con la pena congiunta della reclusione e della multa.

A queste conclusioni porta anche la valorizzazione della logica rieducativa a cui è improntato il sistema attuale dei delitti e delle pene. Nel nostro ordinamento, la sanzione penale deve risultare, fin dalla comminatoria edittale, funzionale al reinserimento sociale del reo e ad obiettivi – implicitamente ricavabili da un'interpretazione sistematica della Costituzione – di prevenzione generale positiva, intesa come orientamento culturale dei consociati[880].

Da tali profili teleologici deriva la costruzione dell'illecito penale come aggressione ad un bene giuridico. Solo il connotato di offesa del comportamento penalmente rilevante riesca ad assicurare, da un lato, che la generalità dei consociati possa approvare la criminalizzazione di un fatto, e dall'altro, che la risocializzazione, o l'effetto di non desocializzazione, presupponendo che il reo sia stato posto in grado di percepire l'antisocialità della propria condotta, possano proficuamente sorreggere l'azione di recupero sociale. Viceversa, la punizione di un atteggiamento interiore o della pericolosità dell'autore, oppure dell'oggettiva trasgressione serve solo alla realizzazione di fini esterni al diritto penale.

Ci si deve, dunque, chiedere quali funzioni possano essere svolte dall'incriminazione dei reati di opinione. Ora, se si valorizzano i menzionati profili materiali e di offesa di tali fattispecie, è del tutto lecito dubitare dell'efficacia risocializzante della sanzione criminale – in specie di quella detentiva (anche breve) – in molte della fattispecie d'opinione oggetto di studio[881].

Piuttosto, la libertà del singolo risulta strumentalizzata per fini di politica criminale e piegata all'esigenza di ripristino o rispetto della morale sociale o dell'etica statuale[882]. Però, punire il singolo facendone un mero strumento per finalità di prevenzione generale negativa rischia, come si dirà, di risultare criminogeno[883].

---

[880] Il polifunzionalismo della pena è stato accolto da C. cost. n. 331 del 1990. In dottrina, nella amplissima letteratura sulla giustificazione della sanzione criminale nell'attuale assetto costituzionale cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in (a cura di) VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 131 ss.; ID., *Intorno a scopi e funzioni nel diritto penale*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 117 ss.; V. MAIELLO, *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni del Dipartimento di scienze penalistiche – Università di Napoli Federico II*, 1, 2005; G. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 29 ss.; A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012; P. STELLA, *Pena e politica criminale. Aspetti teorici e casi pratici*, Milano, 2008.

[881] Dubita della finalità rieducativa della pena (soprattutto quella detentiva) dei reati di opinione A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo*, cit., 1013, il quale si sofferma specificamente sulla punizione del negazionismo ma utilizza argomenti estendibili a tutto il sistema repressivo della parola pericolosa e nota come quella dei fini legittimi delle pene sia una riflessione «ignorata» dalle discussioni sulla materia. Sul tema anche G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare*, cit., 1034 ss., per il quale, pur mostrando un approccio problematico, «ogni criminalizzazione del dissenso sembrerebbe attirare uno scontato rigetto», se filtrata attraverso il crinale del finalismo rieducativo.

[882] Così, G. VASSALLI, (voce) *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Trec.,* VI, Roma, 1988, 4. Rispetto a queste situazioni potrebbe non essere peregrino seguire la proposta avanzata da V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'*indulgentia principis *all'idea dello scopo*, cit., *passim* che individua nelle cause di clemenza generale gli strumenti eccezionali di pacificazione sociale e di correzione delle distorsioni funzionali del complessivo sistema di giustizia penale. Del resto, la soluzione dell'indulto è stata adottata dal governo spagnolo in relazione alla condanna ricevuta dai separatisti catalani anche per il reato di sedizione (*infra* cap. 3 par. 4.1).

[883] Spunti di riflessione interessanti in questo senso in G. FORTI, *Le tinte forte del dissenso nel tempo dell'iper-comunicazione pulviscolare*, cit., 1034 ss.

Tali rilievi, uniti a quelli connessi al profilo della proporzionalità del trattamento sanzionatorio, dimostrano l'inefficacia sotto il profilo rieducativo dell'apparato sanzionatorio attualmente predisposto in materia di reati di opinione, fondato esclusivamente sulla pena tradizionale di specie detentiva (o pecuniaria).

Come è stato sostenuto, in questi ambiti la rinuncia alla sanzione del carcere è necessaria, vista la crisi della «monocultura carceraria»[884], ed opportuna, perché solo prospettando una pena mite e duttile «può tollerarsi l'allentamento di legalità, *sub specie* di materialità e tassatività, nonché la difficile tangibilità dei concetti di dignità» e ordine pubblico[885]. In buona sostanza, l'ineliminabile *deficit* a monte dell'incriminazione verrebbe compensato da una reazione sanzionatoria più adeguata a valle.

La rinuncia al carcere, però, non equivale necessariamente a rinuncia alla pena, perché, mantenendosi saldo lo stigma penale, la valorizzazione della rieducazione come fine essenziale, ancorché tendenziale, della sanzione può essere garantita dal ricorso a misure prescrittive[886].

Ciò significa che la particolarità delle condotte incriminate – l'espressione di una parola pericolosa per l'ordine pubblica o la dignità – impedirebbe di reagire alle parole pericolose con sanzioni de-socializzanti, dovendosi, piuttosto, favorire un contatto più ravvicinato del colpevole con la dimensione socioculturale da lui avversata[887].

In tale ottica, potrebbero venire in rilievo forme di mediazione e di giustizia riparativa, attivabili dal giudice all'esito della sospensione del processo con messa alla prova, a ben vedere già contemplate con riferimento all'attuale art. 604 *bis* c.p.[888]

---

[884] Sul tema V. MAIELLO, *Fuga dalla sanzione e postmodernità penalistica*, in S. MOCCIA (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli, 1998. Più di recente in argomento v. F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma: un dialogo con la storia*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4, 2017, 4 ss.; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Milano, 2018, 65. Significative prese di posizione nel medesimo segno provengono anche dalla magistratura: CECCHI-DI ROSA-EPIDENDIO, *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, Macerata, 2015.

[885] Così, con riguardo specifico alla discriminazione razziale *ex* art. 604 *bis* c.p., ma con argomenti che valgono per tutta la categoria dei reati di opinione, G. PUGLISI, *Sulla compatibilità tra provocazione e finalità di odio razziale: glosse* de jure condendo, in *Giur. it*., 2018, 1195.

[886] La valorizzazione generale delle sanzioni prescrittive come alternative al carcere è oggetto di numerose e recenti riflessioni e proposte *de jure condendo*. Cfr. M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017; R. PALVERA, *Condizioni e fattori di promozione della pena prescrittiva*, in *DisCrimen*, giugno 2021. Da ultimo, in questo senso si muove il progetto, maturato nell'ambito dell'iniziativa proposta dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale intesa a definire proposte di riforma del sistema sanzionatorio penale, per l'introduzione della pena prescrittiva, latamente intesa, quale unica nuova pena principale da affiancarsi a quella detentiva e pecuniaria, nonché per l'ulteriore valorizzazione penale delle disposizioni prescrittive, redatto dal gruppo di lavoro presieduto dal prof. Francesco Palazzo (v. L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *DisCrimen*, maggio 2021).

[887] Dubbi sulla funzionalità di misure prescrittive con spiccati intenti pedagogici sulla tipologia di autore sono espressi da L. RISICATO, *Il saluto fascista*, cit., 1925 e A. DI MARTINO, *Assassini della memoria: strategie argomentative in tema di rilevanza (penale?) del negazionismo*, in (a cura di) G. COCCO, *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei*, Milano, 2016, 212.

[888] Lo segnala M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, cit., 1021 ss. In generale sulla prospettiva riparativa nella giustizia penale, sempre più oggetto di attenzione da parte degli interpreti, v. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2013 e L. EUSEBI, *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minorgiustizia*, 1, 2016, 33 ss.

Particolarmente appropriato potrebbe risultare, altresì, il ricorso al lavoro di pubblica utilità, indirizzato in particolare alle comunità rappresentative dei gruppi offesi dalle condotte espressive, in modo da agevolare l'assimilazione di quegli stessi valori *ab origine* misconosciuti[889].

L'obiettivo, del resto, con riguardo ai discorsi d'odio, potrebbe essere raggiunto valorizzando le sanzioni accessorie di cui all'art. 1 co. 1 *bis* l. Mancino che, non abrogate dal d. lgs. n. 81/2017, hanno natura prescrittiva[890]. Si tratta di vere e proprie pene accessorie a carattere speciale su cui il giudice ha un potere discrezionale di applicazione, se del caso anche in via congiunta. In particolare, accanto a sanzioni di contenuto limitativo della libertà personale già conosciute da tempo nell'ordinamento (lett. b e c. co. 1 *bis*), si colloca il divieto di partecipazione ad attività di propaganda elettorale in seguito alla condanna per reati di matrice razzista e – il più interessante ai fini della presente indagine – obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità[891].

Proprio con riguardo a quest'ultima misura, la prescrizione di un *facere* progettualmente e razionalmente strutturato valorizza, per un effettivo recupero, la necessità di rendere il reo «protagonista attivo del momento rieducativo e non mero soggetto passivo, in una prospettiva "*agere*, *non agi*"»[892].

7.2. I rapporti con la soluzione in tema di ingiuria (cenni)

La soluzione prospettata è solo in parte affine a quella adottata dal legislatore nel diverso campo dei delitti – pur sempre connotati da una condotta espressiva – posti a tutela dell'onore e della reputazione con riguardo specifico al reato di ingiuria[893].

---

[889] Sul lavoro di pubblica utilità e la sua dimensione afflittiva v. T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La nuova frontiera del lavoro di pubblica utilità quale sanzione amministrativa accessoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1335 ss.

[890] G. PUGLISI, *La parola acuminata*, cit., 1352 ss. propone di fare riferimento al lavoro di pubblica utilità slegato dal consenso del colpevole come pena principale dei reati di propaganda e istigazione *ex* art. 604 *bis* c.p. A questi fini si prospetta la conversione delle sanzioni accessorie della l. Mancino, che hanno appunto natura prescrittiva, in sanzioni principali, posticipando l'irrogazione della pena pecuniaria attualmente prevista all'eventualità in cui il programma rieducativo non venga osservato. Nello stesso senso, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa*, cit., 422-423, nell'ambito della sua proposta di riforma della "parola pericolosa" da sottoporre a trattamento sanzionatorio differenziato rispetto alle varie ipotesi, condivide la soluzione con riguardo alla diretta istigazione al compimento di specifici atti discriminatori, non escludendo in principio il ricorso alla pena detentiva per le dirette istigazioni alla violenza, magari motivata dalla discriminazione. Sul catalogo delle pene accessorie di cui alla l. Mancino *infra* cap. 3 par. 5.

[891] Su tali sanzioni v. G. PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Arch. pen.*, 2014, 3, 16 ss. In senso fortemente critico su queste misure che, connotate da funzioni esclusivamente punitive, contrasterebbero con il principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, G.A. DE FRANCESCO, *Commento al d.l. 26.4.1993, conv. Come modif. dalla l. 25.6.1993, n. 205, sub art. 1*, in *Leg. pen.*, 1994, 195 ss.

[892] Così, G. PUGLISI, *La parola acuminata*, cit., 1353. Per alcuni spunti nel senso della capacità narrativa delle norme penali che proprio la dimensione prescrittiva delle pene potrebbe valorizzare, G. FORTI, *Una prospettiva «diabolicamente umana» sul rapporto tra norma e sanzione nell'ordinamento penale*, in (a cura di) AA. VV., *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di E. Dolcini*, Milano, 2018, I, 187 ss.

[893] La scelta legislativa si colloca in parte sulla scia di quanto proposto da A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale*, cit., 200 ss. L'Autore propone di rinunciare *tout court* all'intervento penale in materia di ingiuria (come poi effettivamente accaduto con l'abrogazione) e diffamazioni semplici, limitando la reazione sanzionatoria di tipo pecuniario e interdittivo solo all'attribuzione di un fatto falso a mezzo stampa o di pubblicità. Resta ferma, in questi casi, in presenza dei relativi presupposti, la responsabilità civile dell'autore della condotta diffamatoria (con specifico riguardo

Il Capo II del Titolo XII, nella sua impostazione originaria, configurava, a protezione di tali beni giuridici, due delitti, il cui elemento distintivo è ravvisato nella presenza o meno della persona offesa al momento in cui il fatto è commesso: nell'ingiuria, infatti, l'offesa deve essere arrecata in presenza dell'offeso o a lui direttamente comunicata; nella diffamazione, invece, deve essere arrecata in assenza dell'offeso, comunicandola a più persone. In base alla diversa offensività che ne derivava, quindi, si prevedeva un *quantum* di pena diverso tra loro.

L'architettura complessiva di questo ambito di tutela è stata, tuttavia, profondamente incisa dal recente d.lgs. 7/2016, che all'art. 1 ha previsto, tra gli altri, l'abrogazione dell'art. 594 c.p.

La particolarità sta nel fatto che l'ingiuria perde il carattere di illecito penale ma conserva quello di illecito civile, sanzionato, oltre che con il risarcimento del danno (sanzione privatistica), con una sanzione pecuniaria civile (apparentata con i *punitive damages* dei sistemi di *common law*) irrogata dal giudice civile e devoluta alla Cassa delle ammende[894].

Nella sua nuova veste di illecito sanzionato solo civilmente la sanzionabilità viene peraltro innovativamente quanto opportunamente estesa, al passo coi tempi, all'ipotesi del fatto commesso «mediante comunicazione informatica o telematica».

I benefici della riforma sono destinati a ricadere sul processo penale, secondo una logica deflattiva: non anche sulla popolazione penitenziaria, atteso che l'ingiuria, in quanto bagatellare, apparteneva al novero di quei reati la commissione dei quali, normalmente, non apriva le porte del carcere.

Come è stato opportunamente segnalato, il nuovo istituto dell'illecito sottoposto a sanzioni pecuniarie civili, in grado di prendere il posto dell'illecito penale, disciplinato in diversi e centrali aspetti nel d.lgs. n. 7 del 2016, apre potenzialmente per il futuro nuovi interessanti scenari per una politica-criminale orientata a una riduzione dell'area del diritto penale, in ossequio al principio di sussidiarietà o *extrema ratio*[895].

Ciò che risulta particolarmente significativo – ai fini del presente lavoro – è che tale soluzione politico-criminale sia stata adottata dal legislatore con riguardo a una fattispecie – quella di ingiuria – che, pur essendo imperniata su una condotta espressiva, trovava a fondamento della limitazione penale della libera espressione la tutela di un bene pregnante e saldamente ancorato alla Costituzione, come quello dell'onore (artt. 2 e 3 Cost.). Un reato, quindi, che poneva dubbi di legittimità costituzionale con riguardo al diritto

---

ai giornalisti v. S. SICA, *La responsabilità civile del giornalista*, in S. SICA-P. STANZONE (a cura di), *Professioni e responsabilità civile*, Bologna, 2006, 811 ss.

[894] In argomento sul nuovo istituto G. LOSAPPIO, *La delega di depenalizzazione specifica. Effetti pretesi e pretese senza effetto*, in *Cass. pen*., 2016, 2449 ss.; G. SPINA, *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016. I nuovi illeciti con sanzioni pecuniarie civili: tutele sostanziali e strategie processuali*, in *La nuova procedura civile*, gennaio 2016; M. BOVE, *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processual-civilista* (*note a margine del d.lgs. n. 7 del 15/1/2016*), in *La nuova procedura civile*, gennaio 2016. In generale, sugli effetti della depenalizzazione e sullo statuto garantista da applicare agli illeciti punitivi (di tipo amministrativo) v., tra gli altri, A. DE VITA, *Depenalizzazione e principi costituzionali: alla ricerca di un «supporto costituzionale» dell'illecito penale decriminalizzato*, in AA.VV. (a cura di), *Depenalizzazione e circolazione stradale*, Milano, 2002, 357 ss.

[895] Così, G.L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.*, gennaio 2016.

di manifestare il proprio pensiero e all'impalcatura materiale e offensiva del diritto penale moderno, in misura sicuramente minore rispetto ai – ben più problematici e sfumati – delitti di opinione in senso stretto.

7.3. Le nuove prospettive della legge n. 134/2021 (c.d. Cartabia)

La razionalizzazione dell'attuale assetto dei reati di opinione sul versante sanzionatorio, e dunque del *quomodo* e del *quantum* della relativa punizione, può trovare nuova linfa vitale nella prospettiva recentemente aperta dalla legge 27 settembre 2021, n. 134 ("Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari").

La novella si ambienta in un più ampio contesto, e va letta come un fondamentale tassello di un complessivo disegno di riorganizzazione della giustizia – non solo penale – volto a elevarne il tasso di efficienza[896].

Con riferimento al processo penale, il filo rosso che attraversa tutti gli interventi è rappresentato dalla riduzione dei tempi della giustizia senza rinunciare alle fondamentali garanzie, alleggerendone il carico individuando possibili alternative al processo e alla pena carceraria.

Tale obiettivo è perseguito non solo incidendo sulle norme del processo penale, ma anche con interventi sul sistema sanzionatorio capaci di produrre significativi effetti di deflazione processuale con un approccio organico che riprende e sviluppa un cammino iniziato ma non portato a compimento con la legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Orlando) [897].

Tenendo in disparte le disposizioni immediatamente precettive fissate dall'art. 2 in tema di prescrizione del reato e di improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini massimi di durata del giudizio di impugnazione e quelle affidate all'attuazione governativa rispetto allo svolgimento e alle fasi del processo penale (art. 1, co. 5-13, 24-26), quel che più interessa ai fini del presente lavoro sono i criteri di delega contenuti nell'art. 1 aventi ad oggetto il sistema sanzionatorio (art. 1, co. 14-17, 21-23) e la giustizia riparativa (art. 1, co. 18-20).

Innanzitutto, per valorizzare forme alternative di definizione del procedimento, incentrate su condotte riparatorie, con effetti di economia processuale, si delega il Governo ad ampliare il novero dei reati

[896] Una riforma gemella, relativa al processo civile, è stata approvata in prima lettura dal Senato nel mese di settembre 2021 ed è all'esame della Camera (d.d.l. A.C. 3289 – "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata").

[897] Per una lettura illustrativa della riforma v. G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021. Più nello specifico, sulle novità cfr. B. ROMANO-A. MARANDOLA, *La riforma Cartabia. La prescrizione, l'improcedibilità e le altre norme immediatamente precettive*, Pisa, 2021; A. BASSI-C. PARODI, *La riforma del sistema penale: la delega e le disposizioni immediatamente precettive*, *Il penalista*, Milano, 2021.

procedibili a querela includendovi specifici reati, da individuarsi in sede di attuazione tra quelli contro la persona o contro il patrimonio puniti con pena non superiore nel minimo a 2 anni (art. 1, co. 15).
Al fine di restituire effettività alla pena pecuniaria – oggi eseguita, riscossa e convertita in percentuali medie bassissime anche rispetto a molte della fattispecie di opinione – il Governo è, altresì, delegato a razionalizzare e semplificare il procedimento di esecuzione, prevedendo procedure amministrative efficaci, che assicurino l'effettiva riscossione della pena pecuniaria e la sua conversione in caso di mancato pagamento (art. 1, co. 16).
L'obiettivo è valorizzare la più tradizionale alternativa alla pena detentiva, ma anche la pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva fino a un anno (applicabile anche con il decreto penale di condanna).
Sul punto, va detto che uno dei più rilevanti – anche ai fini dell'indagine in esame – interventi organici di riforma del sistema penale, nell'ambito della legge delega, è rappresentato dalla modifica della disciplina delle pene sostitutive delle pene detentive brevi (art. 1, co. 17). Il Governo è infatti delegato, in materia, a una complessiva revisione della disciplina della legge n. 689/1981, introducendo pene alternative al carcere, *sub specie* di pene sostitutive delle pene detentive di breve durata.
La revisione della disciplina prevede, anzitutto, la modifica del catalogo delle pene sostitutive, con ridimensionamento della semidetenzione e della libertà controllata e conseguente valorizzazione della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità, confermando la centralità della pena pecuniaria sostitutiva, innalzando da sei mesi a un anno, come si è anticipato, il limite della pena detentiva sostituibile.
Si spezza, inoltre, la sovrapposizione tra l'area delle sanzioni sostitutive e l'area della sospensione condizionale della pena – causa della sterilizzazione delle sanzioni sostitutive, meno appetibili di una mera sospensione dell'esecuzione della pena – e si fa coincidere il limite di pena detentiva sostituibile con quello della pena soggetta a sospensione dell'ordine di esecuzione *ex* art. 659 c.p.p. (da due a quattro anni), in vista della richiesta di una misura alternativa alla detenzione[898]. Così facendo, quanto in particolare alla semilibertà e alla detenzione domiciliare, che continueranno ed essere previste anche come misure alternative alla detenzione applicabili dal tribunale di sorveglianza dopo la definitività della sentenza, si anticipa nel giudizio di cognizione la possibilità di applicare misure corrispondenti alle attuali due misure alternative di cui si è detto.
Da notare che non figura nel catalogo delle pene sostitutive l'affidamento in prova al servizio sociale. Si è ritenuto che un'applicazione di tale misura, all'esito del giudizio di cognizione, potesse da un lato

[898] Più in particolare, la pena detentiva inflitta entro il limite di 4 anni potrà essere sostituita con la semilibertà o con la detenzione domiciliare; quella inflitta entro il limite di 3 anni, anche con il lavoro di pubblica utilità, se il condannato non si oppone; quella inflitta entro il limite di 1 anno altresì con la pena pecuniaria. Le pene sostitutive non saranno sospendibili condizionalmente e potranno applicarsi solo quando favoriscano la rieducazione del condannato e non vi sia pericolo di recidiva.

disincentivare la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e, dall'altro lato, allungare i tempi del processo.

Recependo un'indicazione della dottrina, finalizzata a valorizzare l'effettività delle pene sostitutive, viene esclusa la sospensione condizionale secondo la logica del «castigo mite ma certo». Tale direttiva ispira anche la disciplina relativa alla mancata esecuzione delle pene sostitutive, che comporta la conversione nella pena detentiva sostituita o in altra pena sostitutiva, salva l'eventuale responsabilità penale (es., per l'allontanamento dal luogo di esecuzione della detenzione domiciliare).

La delega, poi, mira a valorizzare – ampliandone l'ambito di applicabilità – l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 1, co. 20). In tal senso, accogliendo un'indicazione della dottrina, si prevede come limite all'applicabilità della disciplina di cui all'art. 131 bis c.p., in luogo della pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, sola o congiunta a pena pecuniaria.

In sede di attuazione dovranno essere individuati ulteriori casi in cui, ai sensi del co. 2 dell'art. 131 *bis* c.p., l'offesa non può essere considerata di particolare tenuità. Un ulteriore criterio di delega dà rilievo alla condotta successiva al reato ai fini della valutazione della particolare tenuità dell'offesa, incentivando condotte riparatorie, anche in vista dell'archiviazione del procedimento[899].

La logica della deflazione – processuale e penitenziaria – ispira, altresì, il criterio di delega con il quale si prevede l'estensione dell'ambito di applicabilità della disciplina dell'art. 168 *bis* c.p., in coerenza con l'obiettivo di ridurre i tempi medi dei procedimenti penali e con l'ampliamento degli spazi per la giustizia riparativa (art. 1, co. 22).

In sede di attuazione dovranno essere individuati, oltre ai casi previsti dall'art. 550, co. 2 c.p.p., ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto[900].

Per incentivare l'applicazione dell'istituto nella fase delle indagini, si prevede, ancora, che la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato possa essere proposta anche dal p.m.

Un rilevante capitolo della legge delega (art. 1, co. 18-20) è dedicato alla giustizia riparativa, della quale in sede di attuazione dovrà essere introdotta una disciplina organica – quanto a nozione, principali programmi, criteri di accesso, garanzie, persone legittimate a partecipare, modalità di svolgimento de programmi e valutazioni degli esiti – nel rispetto della Direttiva 2012/29/UE e dei principi stabiliti in materia a livello internazionale, «nell'interesse della vittima e dell'autore del reato»[901].

---

[899] Una espressa indicazione legislativa esclude d'altra parte che l'estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. interessi i reati riconducibili alla Convenzione di Istanbul, in tema di violenza contro le donne.

[900] Attualmente l'istituto, salvi i menzionati casi di cui all'art. 550, co. 2 c.p.p., richiamato dall'art. 168 *bis* c.p., non è applicabile in relazione ai procedimenti per reati puniti con pena detentiva superiore nel massimo a quattro anni.

[901] Da segnalare che per l'attuazione della disciplina in tema di giustizia riparativa la legge (art. 1, co. 19) prevede l'autorizzazione alla spesa di oltre quattro milioni di euro. Il dato non è privo di significato, se si considera che nel passato proprio la mancanza della necessaria copertura finanziaria ha ostacolato lo sviluppo della giustizia riparativa,

Ebbene, tutti gli aspetti richiamati sono in grado di incidere in maniera significativa sul sistema sanzionatorio dei reati di opinione oggetto del presente lavoro, garantendo una loro razionalizzazione in linea con le istanze della proporzionalità.

8. L'*extrema ratio* del diritto penale tra razionalizzazione dei reati di opinione, ripudio del simbolismo penale e politiche multidisciplinari

Anche a voler ritenere superato – pur con le notevoli perplessità avanzate – il giudizio di meritevolezza di pena dei reati di opinione, è necessario cimentarsi con il *test* sul bisogno di pena[902].

L'esistenza di un bene bisognoso di protezione perché offeso e la possibilità di ricondurre la fattispecie soggettivamente al suo autore sono, sicuramente, presupposti necessari, ma non già sufficienti a giustificare la creazione di una fattispecie penale finalizzata alla sua salvaguardia.

Occorre tener conto, altresì, sul piano della stessa definizione sostanziale di reato, del criterio di sussidiarietà che assume rilevanza nel processo di criminalizzazione delle condotte umane[903]. Il ricorso alla pena statuale come mezzo di tutela si spiega, invero, sul dato che gli strumenti di protezione predisposti dagli altri settori dell'ordinamento non risultano altrettanto idonei a prevenire la commissione di fatti socialmente dannosi.

Da ciò deriva – inevitabilmente – che l'applicazione del diritto penale avviene in modo puntiforme, a seguito di una scelta del legislatore che decide quali fatti specifici debbano essere qualificati come reati e quindi puniti, lasciando alcune aree dell'agire umano scoperte dal suo intervento. La frammentarietà e i conseguenti vuoti di tutela, lungi dall'essere un limite, trovano oggi giustificazione nell'ispirazione liberale della moderna concezione di un diritto penale costituzionalmente orientato[904].

Ebbene, in questa prospettiva appare tutt'altro che pacifica la legittimità del ricorso allo strumento penale (e in particolare alla pena detentiva) per le condotte espressive oggetto di studio[905].

---

inclusa nella riforma Orlando, e che, nel contesto dell'attuale riforma, coperture finanziarie sono previste solo per l'ufficio per il processo e, per l'appunto, per la giustizia riparativa.

[902] Sulla distinzione tra "meritevolezza" e "bisogno" di pena v. M. ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss.

[903] Sul carattere sussidiario del diritto penale come criterio ispiratore della politica criminale di ispirazione liberale cfr., tra gli altri, G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 463 ss. F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del dir. pen. e oggetto della tutela*, in *Studi Delitalia*, Milano, 1984, I, 99; T. PADOVANI, *La problematica del bene giur. e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 215 ss.

[904] Così, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., XL. Sull'importanza della costruzione in termini razionali del sistema penale, con specifico riguardo al diverso comparto del diritto penale dell'economia ma con riflessioni di ampio respiro che valgono anche per il settore in esame, cfr. A. DE VITA, *La crisi della razionalità dell'opzione punitiva nel diritto penale dell'economia*, in A. DE VITA (a cura di), *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: decriminalizzazione e problemi di effettività*, Napoli, 3 ss.

[905] Secondo 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 *Discriminazione razziale*, cit., 176 ss. la scelta di incriminare i discorsi d'odio non si pone in contrasto con la libertà di espressione, ma, piuttosto, con il principio penalistico di sussidiarietà.

Quando si parla di reati di opinione non si sta invocando l'impiego di un mezzo qualsiasi, ma di uno strumento che poiché dà luogo all'intervento più invasivo sui diritti fondamentali della persona di cui un ordinamento disponga, dovrebbe costituire l'*extrema ratio* delle politiche sociali e delle conseguenti scelte legislative sul punto.

Nella materia in esame, poi, la questione è resa ancora più problematica perché la sanzione penale non lede solo la libertà personale e la dignità ma anche la libertà di manifestare il pensiero o di ricerca storica (si pensi al negazionismo). E allora dovrebbe valutarsi con particolare intensità se l'impiego di tale strumento sia proporzionato all'offesa, sia utile dal punto di vista delle funzioni costituzionalmente legittime della pena e, da ultimo, se altre misure, meno invasive, non siano sufficienti allo scopo e dunque se l'intervento penale sia indispensabile[906].

Ebbene, si sono già espressi notevoli dubbi sui profili della proporzione – e quindi del bilanciamento tra condotta espressiva e sanzione detentiva – e della legittima funzione della sanzione. Ma anche sul piano della prevenzione generale, necessità ed utilità della pena sono tutte da dimostrare. Da un lato, infatti, non tutte le condotte espressive incriminate segnano un vero e proprio allarme sociale, e l'istanza repressiva è piuttosto importata acriticamente da altri Paesi, su impulso dell'Unione europea (è il caso del negazionismo)[907]. Dall'altro, anche rispetto a quelle che dovrebbero esprimere un disvalore particolarmente avvertito, si attesta, come si è visto, una scarsissima applicazione giurisprudenziale.

Ad una considerazione solo formale, allora, si potrebbe dire "tanto rumore per nulla". Sennonché, è il caso di prendere atto che la sostanza sta nella forma, nella espressa punizione di diverse condotte al limite con la libertà di manifestare le proprie opinioni.

Da questo punto di vista, molte delle fattispecie d'opinione esistenti e tante di quelle che si propone di introdurre nascondono – neanche troppo velatamente – una funzione meramente simbolica dell'incriminazione[908]. Il rischio è che tali reati, più che sorretti da una reale portata normativa, si prestino a esprimere un messaggio all'opinione pubblica, rappresentando la presa in carico legislativa di problemi di tutela drammaticamente seri[909]. L'obiettivo prevalente non è tanto la punizione del reo per l'offesa

---

[906] In questo senso, con riguardo specifico al negazionismo, da A. CAVALIERE*, La discussione intorno alla punibilità del negazionismo*, cit., 1013 ss.

[907] In questo senso, E. FRONZA, *Il negazionismo con reato*, cit.

[908] Sulla metamorfosi del diritto penale attuale che tende ad assumere sempre più connotati simbolici, non solo con riguardo alla categoria dei reati di opinione, cfr. F. SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.*, 2010, 127 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale, sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.; A. DE VITA, *Il "legislatore senza qualità". La legislazione penale di fine millennio ed il nuovo sistema sanzionatorio "penale"*, in S. MOCCIA (a cura di), *La riforma continua. Il riformismo giuridico dell'"era progressista": tentativo di bilancio*, Napoli, 2002, 125 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992. Di recente, in argomento S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018.

[909] In generale sul rapporto del diritto penale con il consenso sociale v. M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 413 ss.

arrecata ai beni – sfumati – dell'ordine pubblico e della dignità, quanto il potere evocativo della norma, della sanzione e della relativa condanna che richiama il valore in nome del quale è stata comminata[910].
In questo modo, le finalità rieducative sono oscurate a vantaggio delle esigenze retributive e *lato sensu* general preventive tramite un'esasperata minaccia legale e il rischio di punire idee e tipi di autori[911].
Invece, in coerenza con le ragioni dello Stato di diritto e con i principi costituzionali, il bisogno emotivo di repressione deve essere controllato razionalmente, nel senso che l'intervento deve essere conforme a razionalità di scopo, e quindi utile.
La problematicità attiene, in questa materia, anche all'inefficacia di una tale punizione, essendo dubbio che il contrasto alle parole odiose e pericolose possa riuscire attraverso il diritto penale.
Piuttosto, prima di puntare su quest'ultimo, sarebbe necessario valorizzare altri strumenti necessari e sufficienti allo scopo di orientare alla prevenzione di quei fenomeni che con i reati di opinione si intende estirpare.
Non vi è dubbio – ed è scontato oltre che vitale sul piano etico e politico – che l'odio, la discriminazione, il terrorismo, la violenza, il fascismo, posti alla base della repressione delle fattispecie in esame, rappresentino minacce complesse, gravi e pericolose alle quali opporsi. Non si tratta di minimizzare il disvalore o di negare l'efficacia, sul piano comunicativo, di tali manifestazioni del pensiero.
La discussione, però, è sui mezzi e sull'opportunità della soluzione penalistica, non potendosi dare per scontato che sia questa la più efficace per contenerle.
Considerare il diritto penale capace di risolvere i problemi sottesi all'incriminazione della parola pericolosa e di svolgere in questo senso una funzione di controllo democratico è illusorio e pericoloso.
Il diritto penale, invero, non ha una funzione propulsiva rispetto a fenomeni generali né un ruolo proattivo di tutela promozionale delle culture, delle identità di gruppi minoritari, della verità storica.
La tendenza ad un paradigma punitivo costellato da fattispecie indeterminate e dalla forte valenza simbolica si iscrive nel lento ma inesorabile processo di mutazione dello stesso che, da luogo dell'accertamento della responsabilità penale individuale, diviene strumento pedagogico – per la verità

[910] In questo senso, E. FRONZA, *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, in *Parola alla difesa*, 1, 2016, 70 ss.; G.L. GATTA, *Dal senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in *Dir. pen. cont.*, febbraio 2015; A GAMBERINI, *Tutela della memoria e diritto penale: una riflessione sistematica e comparativa a partire dal reato di negazionismo*, in *Dir. pen. cont.*, dicembre 2013; D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, in (a cura di) FORTI-VERRASO-CAPUTO, *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli. Gli Autori sottolineano che la riforma del negazionismo, ultima delle fattispecie d'opinione introdotta nel sistema e quindi cartina di tornasole delle presenti riflessioni, avrebbe una portata nulla sotto il profilo della definizione del penalmente illecito (*infra* cap. 3 par. 6).
[911] In generale sul tema con riflessioni di ampio respiro, V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit. L'Autore, in un sistema penale che - consapevole della propria natura di strumento sussidiario della politica sociale - aspiri a concretizzare funzioni ordinanti di tutela volte a consolidare i valori della convivenza in libertà, si propone di ricostruire le cause di clemenza generale quali strumenti eccezionali di pacificazione sociale, di adattamento del diritto e veicolo straordinario di correzione delle distorsioni funzionali del complessivo sistema di giustizia penale.

inefficace a tale scopo – con cui evocare valori, con conseguente compromissione tra funzioni repressive ed etico-politiche[912].

Epperò, molto più e molto prima della condanna penale occorre un impegno che solo una prospettiva multidisciplinare che presupponga l'impegno sociale, culturale e morale è in grado di garantire[913].

D'altronde, la scelta di puntare solo sui reati di opinione sottostima la capacità di integrazione che svolge il discorso pubblico, aperto alle opinioni, anche irriverenti o moralmente esecrabili. In questa prospettiva, di fronte a pure manifestazioni di pensieri ignobili la risposta più potente rimane quella che giace sul medesimo registro del pensiero nobile e che impegna la coscienza di tutti i cittadini.

In questa prospettiva, è significativo che durante il dibattito parlamentare volto a rendere penalmente rilevante il discorso negazionista è stato avanzato, in alternativa al diritto penale, l'obbligo imposto dal Ministro dell'Istruzione di leggere il diario di Anna Frank.

Sullo stesso piano culturale e persuasivo nei confronti della società civile si attesta la recente istituzione di Commissioni parlamentari, volte a indagare la lesività e l'effettivo pericolo di diffusione di condotte comunicative offensive. Si pensi alla Commissione per il contrasto allo *hate speech* istituita al Senato (c.d. Commissione Segre) che, come è stato rilevato, per l'ampiezza e l'eterogeneità delle funzioni di cui è dotata sembra aver aperto la strada ad «un modello di *governance* morbido» della materia[914].

Ancora, nel recente tentativo di estendere la tutela penale contro la discriminazione sessuale, omofoba etc., il d.d.l. Zan, pur nel suo accidentato cammino, delinea una disciplina a doppio binario che non si accontenta della mera repressione ma contempla anche disposizioni promozionali[915].

Tali riflessioni sono la base per ricondurre l'attuale sistema dei reati di opinione a coordinate razionali e costituzionali, rivendicando al diritto penale quel ruolo «minimo» (oltre che certo e legalmente predeterminato) che gli è proprio in una moderna democrazia costituzionale, ricordando che lo stesso sta e cade insieme ai diritti fondamentali[916].

---

[912] In argomento, sui controversi rapporti tra diritto penale ed etica pubblica e sulla strumentalizzazione del processo penale a tali fini M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014. Sulle metamorfosi del diritto penale attuale, a fronte dei «fenomeni della modernità» cfr., tra gli altri, A BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico,* in *Studi in memoria di G. Tarello,* II, Milano, 1990, 36 ss. e L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, cit.,* 466 ss.

[913] In questo senso cfr. D. PULITANÒ, Welfare *e diritto penale. Variazioni su un tema di Garland*, in *Criminalia,* 2016, 80 ss.: «la tenuta della società è un problema del quale il diritto non è, da solo, in grado, di assicurare una buona soluzione».

[914] Così, I. SPADARO, *Il contrasto allo* hate speech, cit., 313 ss.

[915] Tra queste: l'istituzione della «Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofia, la bifobia e la transfobia», le misure di sostegno delle vittime, l'adozione di un piano triennale e la promozione di indagini statistiche per contrastare fenomeni discriminatori.

[916] In argomento rimane centrale l'ampia ricostruzione di C.E. PALIERO, *"Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattelari*, Padova, 1985. In generale, la teoria di un «diritto penale minimo» che punti a restituire il diritto penale alla sua natura di strumento utilizzabile soltanto come *extrema ratio* è sostenuta da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 80 ss.; ID., *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 493 ss. In una logica sovrapponibile si muovono le ricostruzioni di E. MUSCO, *A proposito del diritto penale «comunque ridotto»*, in L. PEPINO (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, cit., 170 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, II, 802 ss.; E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999,

Nella consapevolezza della pluralità di opzioni lasciate aperte dal testo costituzionale al legislatore, cui spetta la sintesi politica tra gli interessi contrapposti, il rigoroso rispetto del principio di *extrema ratio* impone in questa materia una selezione frammentaria e attenta delle condotte astrattamente punibili che tenga conto dei paradigmi fondamentali del diritto penale[917].

Seguendo questi criteri ispiratori, si dovrebbe rinunciare alla repressione di tutte le forme di propaganda e di apologia – anche di fascismo o genocidio[918] – in favore della punibilità della sola istigazione diretta che presupponga un invito inequivocabile all'azione (violenta). La stessa sorte dovrebbe toccare anche ai discorsi che si limitano a negare o a minimizzare Shoah e altri crimini contro l'umanità[919].

Il mutato clima politico e sociale – rispetto a quello originario – dovrebbe far leggere tale scelta come funzionale al rafforzamento della cultura democratica, che per salvaguardare i propri valori non ha bisogno di anticipare la tutela penale ai margini della libertà di espressione[920]. Diversamente, e la prassi lo sta dimostrando, si lasciano sopravvivere pericolosi strumenti di deriva autoritaria[921].

Del resto, l'autonoma funzione incriminatrice e di disciplina dell'apologia – ma lo stesso può valere anche per la propaganda – è assai discutibile da quando è stata trasformata in una forma indiretta di istigazione. Anzi, il depotenziamento giudiziale del pericolo concreto è nient'altro che l'inevitabile conseguenza di tale sovrapposizione normativa che, finendo per incorporare i requisiti tipici di una fattispecie (l'istigazione) in un'altra (apologia), costruisce una tutela penale senza lacuna volta a reprimere ogni possibile dissenso ideologico[922].

Quanto all'istigazione (diretta), sarebbe opportuno che le condotte punite siano solo quelle pubbliche e aventi ad oggetto l'invito al compimento di atti di violenza alla persona. Negli altri casi, sarebbe necessaria una tipizzazione già a livello di costruzione della fattispecie degli elementi selettivi dell'area del penalmente rilevante, così da ridimensionare le manipolazioni interpretative[923]. Così, la rilevanza penale di istigazioni dirette verso fatti non implicanti una violenza (o a questi assimilabili) – si pensi all'istigazione a specifici comportamenti discriminatori – dovrebbe essere subordinata all'espressa

17 ss. In parte divergente è la prospettiva anti-penalistica e abolizionistica affermata da A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443 ss.

[917] Sull'idea di un «diritto penale minimo» con riguardo alla rilettura costituzionalmente orientata dei reati di opinione v., fra tutti, L. ALESANI, *I reati di opinione*, cit., 170.

[918] In questo senso anche E. FRONZA, *Brevi note sulla teoria della «istigazione indiretta»*, cit., 312 ss.

[919] Per tale soluzione A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 414 ss.

[920] Tale opzione sembra essere stata accolta dal recente e già menzionato d.d.l. Zan che, al di là del cammino accidentato che lo ha caratterizzato, si propone di estendere la tutela penale contro la discriminazione per ragioni legate al sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere alle sole fattispecie istigatorie, senza coinvolgere il delitto di propaganda pur contemplato dall'art. 604 *bis* c.p. per l'odio etnico-razziale. *Infra* cap. 3 par. 5.4.

[921] In questo senso, C. FIORE, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, cit., 901 e D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 252 ss.

[922] Per tali osservazioni, P. CIRILLO, *Istigazione e apologia nei recenti (dis)orientamenti giurisprudenziali*, cit., 1302.

[923] Ancora attuale è la posizione di G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., 183 ss. e 215. L'Autore propone di tipizzare gli elementi di pericolosità del reato d'istigazione attraverso la previsione legislativa dell'unità di contesto spazio-temporale dell'istigazione pubblica a commettere fattispecie previamente individuate.

enumerazione legislativa, previa prognosi di sufficiente gravità del danno e idoneità lesiva, in astratto, della condotta[924].

Sullo sfondo, come si è anticipato, sarebbe ragionevole immaginare un trattamento sanzionatorio differenziato tra i diversi tipi di reato di opinione, non esclusivamente fondato sulla pena detentiva, in coerenza con la logica della proporzionalità.

La razionalizzazione del sistema dei reati di opinione esistente non può non tenere conto, poi, dell'esistenza di altre figure criminose utilizzabili rispetto a condotte espressive offensive.

Con riguardo ai discorsi d'odio, per esempio, va detto che gli insulti o i discorsi offensivi diretti nei confronti di una precisa persona sono già penalmente rilevanti ai sensi dei delitti contro l'onore e magari possono subire un aumento di pena se fondati sulla discriminazione (solo quella razziale, etnica, nazionale e religiosa *ex* art. 604 *ter* c.p.) o su motivi abietti o futili (art. 61, n. 1 c.p.).

Al di fuori di tali confini, si materializza il pericolo di sanzionare mere opinioni rivolte a una platea indistinta di destinatari, magari dal basso valore espressivo, ma comunque riconducibili alla libera espressione e rispetto alle quali un irrigidimento protezionistico rischia di colpire il dissenso ideologico[925].

9. Il rischio del *chilling effect* delle espressioni legittime dei pensieri scomodi

Esiste un ultimo – non per importanza – argomento a favore della riperimetrazione costituzionalmente orientata dei reati di opinione: evitare il *chilling effect* del diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero[926].

La particolare natura espressiva della condotta oggetto di incriminazione – nella sua previsione astratta e nella sua applicazione in concreto – porta con sé il rischio di "raggelare" l'esercizio legittimo del diritto che essa lambisce.

In proposito, già da tempo la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, nelle sue elaborazioni sul primo emendamento, ha teorizzato la dottrina del *chilling effect*, servendosene in massima parte – anche se non esclusivamente – per dichiarare illegittime norme che sanzionano condotte che possono disincentivare i cittadini dall'esercizio della propria libera espressione per la paura di essere sanzionati a fronte di precetti il cui ambito operativo risulti impreciso sia per la eccessiva ampiezza (*overbreadth*) sia

[924] Così, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 419 ss., la quale giustifica al ricorrere di tali condizioni l'ampliamento del catalogo delle dirette istigazioni punibili con particolare riguardo al fenomeno terroristico (diffusione di video di attentati terroristici o di istruzioni per la costruzione di ordigni) e dei discorsi d'odio (istigazione diretta a specifici comportamenti discriminatori).

[925] Così, C. CARUSO*, D.d.l. Zan*, cit., 676 ss.

[926] Per una recente ricostruzione e sistematizzazione della dottrina del *chilling effect*, anche al di là del diritto fondamentale di espressione v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 251 ss. Sulla teoria, riferimenti si leggono in V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1184 e in A. GULLO, *Diffamazione, pena detentiva e* chilling effect*,* cit., cit., 217 ss. (quest'ultimo con riguardo a C. cost. n. 132 del 2020).

per la vaghezza (*vagueness*) con cui sono definiti[927]. Tali circostanze, infatti, alimenterebbero quella deterrenza che è propria di qualsiasi restrizione e, pertanto, obbligano il legislatore a garantire il *breathing space* alla libera espressione e, di conseguenza, a cercare alternative meno restrittive (*less restrictive alternative doctrine*).

Dalla sua nascita la teoria si è poi diffusa in Europa, dove è divenuta un elemento centrale della giurisprudenza convenzionale e di alcune importanti Corti costituzionali, tra cui, come si è anticipato, anche quella spagnola (*efecto desaliento*)[928].

L'idea è che non basta rispettare il contenuto costituzionale della libertà, poiché la sua violazione può verificarsi – in via legislativa o giudiziale – anche quando vengono puniti in modo sproporzionato comportamenti illeciti e tuttavia legati all'esercizio delle libertà fondamentali, imponendosi una corretta distinzione tra abuso di quest'ultimo e rilevanza penale di tale abuso[929].

L'obiettivo è evitare che una disposizione incriminatrice esplichi un effetto deterrente preterintenzionale (*overdetterence*) rispetto a condotte riconducibili ad un diritto fondamentale non oggetto della stessa e dalle quali il cittadino si astenga, pur in assenza di un divieto in tal senso. Il concetto presuppone l'abbandono dell'astratto piano tecnico-normativo, per guardare al funzionamento delle sanzioni nel concreto dei rapporti giuridici. Ben può accadere, infatti, per la dilatazione eccessiva del tipo legale o per la labilità degli elementi descrittivi, che la minaccia di pena, riferita ad un gruppo di condotte, scoraggi dal compimento di una diversa classe di fatti limitrofa alla prima e che, al contrario di questa, non solo non è disapprovata, ma è del tutto lecita, persino rientrante nel campo di un diritto fondamentale[930].

La dottrina valorizza la circostanza che, spesso, le attività sulle quali agisce l'effetto *chilling* risultano essenziali per l'ordinamento democratico.

In questo senso, ben si comprende perché la teoria sia stata sviluppata principalmente con riguardo alla libertà di espressione. In quest'ambito, infatti, le manifestazioni scomode, più vicine al confine dell'illecito, assicurano il pluralismo culturale e politico delle società moderne, in cui «l'autocensura che

---

[927] Tra i sistematori della teoria v. R.A. SEDLER, *Self-censorship and the first amendment*, in *Notre Dame J.L. Ethics*, 2011, 15 ss.

[928] Il *Tribunal Constitucional* spagnolo fa ricorso alla dottrina del *efecto desaliento* fin da STC 136/1999 che, nell'accogliere il *recurso de amparo* presentato contro la sentenza del *Tribunal Supremo* di condanna dei membri del consiglio nazionale di Herri Batasuna a sette anni di reclusione e una multa come autori del reato di collaborazione con banda armata, ha sottolineato l'*effetto desaliento* che il carattere sproporzionato della reazione ha sull'esercizio del diritto fondamentale. Nello specifico, la Corte ha collocato l'argomento nella struttura argomentativa del principio di proporzionalità, indicando l'importante funzione che può svolgere nei giudizi di legittimità sulle restrizioni penali imposte alle libertà di espressione e informazione. Da ultimo, la Corte spagnola ha fatto riferimento all'effetto *desaliento*, con riguardo al delitto di *sedición*, nella già citata STC 184/2021. Su tale teoria, nella dottrina spagnola v. D. COLOMER BEA, *La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, 2019, 97-116; M.L. CUERDA ARNAU, *Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función* dogmática *del efecto de desaliento*, in *Revista General de Derecho Penal*, 8, 3, 2007; T. DE DOMINGO PÉREZ, *La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento»*, in *Revista de estudios políticos*, 122, 2003, 141 ss.

[929] Così, M.L. CUERDA ARNAU, *Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función* dogmática *del efecto de desaliento*, cit., 23.

[930] Su questi profili che incidono sul corretto parametro di legittimità costituzionale da invocare, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 254 ss.

potrebbe rappresentare l'esito di tale effetto è un fenomeno forse ancora più importante e difficile da combattere della censura»[931].

Il "congelamento" è, allora, una delle prime controindicazioni che l'incriminazione dell'espressione è in grado di comportare, quando la norma incriminatrice – come accade nel sistema italiano dei reati di opinione – è incapace di selezionare la portata dei comportamenti vietati, di modo che si realizza, quale effetto preterintenzionale, una generale deterrenza dei discorsi leciti ed anzi espressione del diritto fondamentale ma che per la vicinanza ai fatti puniti risultano rischiosi.

La valutazione di "raggelamento" opera nell'ambito del giudizio di proporzionalità, compromettendo la tutela effettiva e concreta delle libertà se obliterata o mal impostata. In particolare, nella comparazione tra ragioni della tutela legislativa e lesione dei diritti fondamentali è necessario innestare l'esame non solo e non tanto degli effetti negativi della scelta di criminalizzazione sul singolo, quanto quelli sociali sull'intera collettività, con riguardo appunto all'eventuale conseguenza deterrente indiretta[932].

L'indeterminatezza della fattispecie incriminatrice, senza dubbio, rappresenta uno dei fattori per eccellenza di tale sterilizzazione, anche se è impropria la sovrapposizione posto che il *chilling effect* può derivare anche da norme tassative ed inequivoche.

Così come non pertinente è il riferimento all'offensività, leso dalla previsione di una pena totalmente sproporzionata, irragionevole e non necessaria rispetto al bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici. Non si tratta di un problema né di meritevolezza né di bisogno di pena rispetto alla protezione del bene giuridico presidiato dalla fattispecie, quanto piuttosto di limitazione 'eccessiva' del diritto alla libertà di espressione.

Pure il richiamo all'art. 27 Cost. pare essere l'eco delle normali cadenze di tali tipologie di questioni di costituzionalità: qui però a decidere della proporzionalità o meno del trattamento non è il rapporto sacrificio alla libertà personale del condannato/gravità del fatto, nel suo riverbero sulla funzione rieducativa della pena, bensì ancora una volta il bilanciamento con la libertà di manifestazione del pensiero.

Il che significa che problemi di *chilling effect* derivanti da indeterminatezza della norma – come nel caso dei reati di opinione – vanno risolti non tanto facendo riferimento al metro dei principi di tassatività e offensività – di difficile giustiziabilità – ma nell'ambito di un giudizio di costituzionalità rispetto al diritto fondamentale alla libera espressione oggetto dell'effetto indesiderato.

L'argomento, come si è visto nei paragrafi precedenti, è stato centrale anche nel nostro ordinamento con riguardo alla pena detentiva della diffamazione a mezzo stampa commessa dal giornalista. In questo settore – sia nei ragionamenti della Corte Edu sia in quelli della Corte costituzionale – la logica del *chilling*

[931] Così, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 255.
[932] Su questi profili N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 263 ss.

effect ha spostato il baricentro del bilanciamento e, rendendo meno severa la sanzione, ha tentato di minimizzare il "congelamento".

Ebbene, lo stesso discorso può valere anche con riguardo ai reati di opinione oggetto del presente studio[933]. Proprio l'effetto deterrente sulla libertà di espressione indirettamente connesso ad incriminazioni ad ampio spettro suggerisce la necessità di intervenire sia sui precetti, specificandone l'ambito di applicazione o escludendo la rilevanza penale di determinate fattispecie, sia sulle sanzioni, ora riguardo alla loro natura o tipologia ora con esclusivo riguardo al *quantum*. Infatti, meno severa sarà tale sanzione e più il cittadino sarà disposto a tenere comunque il comportamento che, seppure a rischio, costituisce esplicazione del proprio diritto fondamentale alla manifestazione dei pensieri.

[933] L'applicazione della dottrina del *chilling effect* con riguardo ai reati di opinione è suggerita da A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 413-14.

CONCLUSIONI

Tirando le fila del lavoro, quello che pare doversi sottolineare è che la persistente presenza di reati di opinione anche nel sistema democratico-costituzionale attuale prova la sostanziale "impermeabilità" di tale categoria al contesto istituzionale in cui si colloca; quasi che di essa si possa servire in ugual misura il regime oppressore della libertà di espressione, così come - paradossalmente - l'ordinamento costituzionale che sulla stessa ha fondato la democrazia aperta.

L'indagine storica, del resto, ha dimostrato che l'intima contraddizione sottesa a tali figure criminose – pur avendo origini antichissime – è stata svelata dalle prime esperienze liberali, di cui la configurazione del Codice del 1930 è nient'altro che una «sublimazione autoritaria».

È di tutta evidenza, però, come la riproposizione della questione in tempi recenti rimetta in gioco, in termini nuovi e più marcati rispetto al passato, la ricerca di un equilibrio tra libertà costituzionali e tutela del vivere civile.

Il contemperamento tra gli opposti interessi – pur nella consapevolezza della sua intrinseca mobilità – è stato declinato sottoforma di due modelli di tutela che i reati di opinione possono apprestare nel contesto ordinamentale presente.

Resiste un paradigma politico che si serve di tali fattispecie come strumento di presidio anticipato degli assetti istituzionali pubblico-statali, rievocando la fenomenologia autoritaria del *crimen laesae maiestatis.*

Si innesta un secondo e più razionale schema in cui la limitazione penale della libera espressione diventa funzionale all'implementazione dei diritti fondamentali della persona umana (art. 2 Cost.). La tutela penale si centra sul valore della dignità che, dunque, da istanza di moltiplicazione delle garanzie soggettive finisce per esercitare una forza condizionante nei confronti di altri diritti dell'individuo.

La dicotomia riflette la diversa funzione politico-criminale perseguibile dai reati di opinione, volti a risolvere contrasti "verticali" tra individuo e autorità, da un lato, e dissidi "orizzontali" tra minoranze e maggioranze di una medesima società civile, dall'altro.

In entrambi i casi, però, l'anticipazione della tutela penale presenta una struttura analoga e, conseguentemente, problemi applicativi sovrapponibili. Comuni sono, allora, anche, i profili di (il)legittimità che caratterizzano tali fattispecie.

Da questo punto di vista, infatti, l'esame della costruzione legislativa e dell'applicazione giurisprudenziale dei reati di opinione dimostra che la strada finora intrapresa per ricondurre la materia nell'orizzonte del diritto penale ad orientamento costituzionale non riesce, ad oggi, a garantire la tenuta dei capisaldi democratici.

La trasformazione dei precetti per via interpretativa si scontra, oltre che con la processualizzazione delle categorie di diritto penale sostanziale, con la scarsa capacità selettiva del pericolo concreto. La prova del passaggio dalla parola al pericolo dei fatti, principale baluardo a tutela della libertà di espressione, è di difficile individuazione. Incertezza epistemologica della causalità psichica innestata su un giudizio di

pericolo e carattere immateriale e normativo-ideale dei beni protetti sono solo alcune delle difficoltà che incontrano i giudici. Con la conseguenza che il più delle volte sono soprattutto le caratteristiche dei casi concreti e una attenzione al pericolo rapportato a fenomeni di particolare allarme sociale, e non già la previa adesione a un modello definitorio prescelto in astratto, a influenzare la definizione delle singole controversie, rispetto alle quali i mutamenti del clima politico e la profonda trasformazione quantitativa e qualitativa della comunicazione digitale rivestono un ruolo decisivo.

La soluzione di compromesso degli anni Settanta era stata la conseguenza della preoccupazione di assicurare una tutela penale senza lacune, legittimando a determinate condizioni anche la repressione del dissenso ideologico.

Il carattere pluralista e democratico oramai consolidato della società attuale rende auspicabile, oggi, una decisa inversione di rotta che conduca definitivamente il sistema nell'orizzonte costituzionale e convenzionale.

La ricerca ha dimostrato come le limitazioni penalistiche alla fondamentale libertà di espressione si pongano, infatti, in patologica tensione con diversi principi del diritto penale.

Innanzitutto, mantenendosi su una prospettiva tradizionale, si registra un *vulnus* di materialità e offensività nell'*an* della punizione.

La valorizzazione, poi, dei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e convenzionale porta a prendere in considerazione anche profili più inediti che investono il *quomodo* e il *quantum* dell'incriminazione.

Sul versante della determinatezza-prevedibilità, è innegabile che la formulazione dei precetti, intrisi di elementi normativi e di non-definizioni, estenda notevolmente l'"area grigia" tra legittimo esercizio del diritto e comportamento penalmente rilevante.

Nel lavoro si rileva, altresì, che un decisivo banco di prova della legittimità costituzionale e convenzionale di tali delitti è rappresentato dalla proporzionalità del trattamento sanzionatorio. Il rischio di incriminare condotte lontane da un'offesa, ancorché nella forma del pericolo, del bene protetto è far apparire facilmente sproporzionato il ricorso alla pena, specie se di tipo detentivo. In questi casi, è del tutto lecito dubitare dell'efficacia rieducativa della sanzione criminale. Anzi, punire il singolo facendone un mero strumento per finalità di prevenzione generale negativa rischia di risultare criminogeno. È vero, infatti, che la punizione ad ampio spettro della parola pericolosa può generare fenomeni di "congelamento" della libera espressione (c.d. *chilling effect*), sollevando interrogativi che attengono anche alla necessaria funzione di *extrema ratio* del diritto penale.

A fronte di tale quadro, il lavoro individua diverse opzioni prospettabili per garantire un adeguamento ai paradigmi costituzionali.

Una prima possibilità di riconoscere spazi ulteriori per valutare – nella prassi giudiziaria – la legittimità dei reati di opinione e, dunque, incidere sull'esito dei processi aventi ad oggetto tali fattispecie, è invocare la libera espressione come possibile causa di giustificazione (art. 51 c.p.) di dichiarazioni integranti il

delitto, secondo un modello sdoganato nel terreno dei reati contro l'onore ma – ancora inspiegabilmente – inedito nella materia in esame.

L'idea è servirsi anche qui del diritto di cui all'art. 21 Cost. come strumento per verificare se la condotta (istigatoria, apologetica o propagandistica), ancorché tipica dal punto di vista dell'offesa e, quindi, effettivamente lesiva della sicurezza collettiva o della dignità, sia da considerarsi nondimeno lecita alla luce di un corretto bilanciamento tra gli interessi confliggenti in campo che non si esaurisca, dunque, nella sola sfera del fatto tipico.

In secondo luogo, e in una prospettiva più generale di riforma del sistema, sarebbe opportuno eliminare una volta e per tutte il riferimento all'apologia (e alla propaganda), la cui autonoma funzione incriminatrice e di disciplina è assai discutibile da quando è stata trasformata in una forma indiretta di istigazione. Anzi, il depotenziamento giudiziale del pericolo concreto è nient'altro che l'inevitabile conseguenza di tale sovrapposizione normativa.

Nonché, si potrebbe intervenire sul delitto di istigazione, tipizzando già a livello di costruzione della fattispecie gli elementi selettivi dell'area del penalmente rilevante, così da ridimensionare le manipolazioni interpretative.

Perplessità suscita anche il complessivo trattamento sanzionatorio attualmente predisposto, specie se si tiene conto che la limitazione penale alla libera espressione è attuata in via principale tramite pene detentive, tra l'altro – nella maggior parte dei casi – brevi e di scarsa effettività.

La natura espressiva delle condotte incriminate suggerisce di ridimensionare le sanzioni de-socializzanti, da limitare alle sole ipotesi connotate da eccezionale gravità oggettiva e soggettiva (secondo una soluzione che impone una graduazione delle offese dei casi concreti, non lontana da quella seguita dalla recente giurisprudenza costituzionale e convenzionale nel diverso terreno dei reati contro l'onore individuale).

Per il resto, appare più ragionevole valorizzare l'utilizzo di misure prescrittive (un esempio potrebbe essere il lavoro di pubblica utilità, già contemplato anche se – per ora – in via accessoria dall'art. 1 co. 1 *bis* l. Mancino), forme di giustizia riparativa (attivabili dal giudice all'esito della sospensione del processo con messa alla prova, a ben vedere già disciplinato dall'attuale art. 604 *bis* c.p.), o comunque soluzioni che per quanto afflittive non presuppongono la sanzione detentiva (sul modello dell'illecito civile punitivo introdotto a seguito della depenalizzazione dell'ingiuria).

Tale prospettiva trova nuova linfa vitale per effetto della legge n. 134 del 2021 (c.d. Cartabia) che, nel delegare il Governo a riformare il processo penale nel segno dell'effettività, pare puntare proprio su modifiche strutturali del sistema sanzionatorio che sembrano adattarsi anche ai reati di opinione.

Spunti interessanti per una rivisitazione costituzionalmente orientata della punizione della libera espressione derivano anche dall'ordinamento spagnolo, a cui nel lavoro si è fatto più volte riferimento.

Nel sistema iberico, infatti, non mancano fattispecie d'opinione: fra tutte, l'*enaltecimiento* al terrorismo è l'esempio più significativo. Queste, però, sono state sempre ricondotte dal *Tribunal Constitucional* nell'alveo della disciplina restrittiva che dell'istigazione e dell'apologia detta – nella sua parte generale –

il *Código penal*, condizionandone la punibilità alla provocazione diretta alla commissione di un delitto o, quantomeno, alla contribuzione a generare o alimentare un determinato clima di violenza (c.d. *delitos de "clima"*).
Se è vero che tale costruzione non risolve *de plano* tutti i dubbi di costituzionalità, posto che l'inserimento per via ermeneutica di un evento inteso in termini di «clima» non si allontana molto dalla prospettiva del pericolo concreto, è innegabile, altresì, che tale esegesi sembra assicurare una maggiore consistenza alla dimensione offensiva del reato, soprattutto se non ci si accontenta di un «clima» generico.

Quale che sia la soluzione specifica, un dato è incontestabile: nel nuovo assetto politico e sociale una razionalizzazione dei reati di opinione è necessaria.
La scelta dovrebbe leggersi come funzionale al rafforzamento della cultura democratica moderna che, per salvaguardare i propri valori, non ha bisogno di anticipare la tutela penale ai margini della libertà di espressione, ben potendo puntare su politiche multidisciplinari.
Per il momento, in attesa della risoluzione, per via costituzionale o legislativa, non resta che fare affidamento su un'interpretazione evolutiva, in linea con la Costituzione, del dato normativo. Anche se, come hanno finora dimostrato il tempo e le pronunce, non si può escludere che l'atteggiamento ondivago della giurisprudenza non si ripeta anche in futuro.
Tra l'altro, in molti casi in cui è stato seguito l'indirizzo garantista e si è, perfino, approdati ad esiti assolutori vi sarebbe da discutere sull'effettiva esistenza di bisogno dell'intervento penale.
Dare per scontato l'impegno sul piano etico e politico contro le diverse minacce che coinvolgono la società non implica affatto il dare per scontata l'opportunità dell'approccio punitivo. Anzi, il sospetto che l'anticipazione della tutela penale non sia il mezzo più adeguato per fronteggiare i vari fenomeni in questione (terrorismo, razzismo, discriminazione, neofascismo, negazionismo etc.) è forte.
Il quadro descritto ha dimostrato che la macchina giudiziaria si attiva, spesso, di fronte a mere espressioni di posizioni ideologiche scomode, prive di alcun significato oggettivamente e soggettivamente istigatorio. Insomma, si ha a che fare con processi penali che, per la maggioranza delle volte, si sarebbero tranquillamente potuti risparmiare sin dall'inizio: non fosse altro che per assicurare alla libertà di manifestazione del pensiero quella espansione che vollero garantirle i Costituenti.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR GARCÍA, *La reforma del art. 510 del Código penal*, in *La ley penal*, 2011.

ALBERICO, *Lottizzazione negoziale e confisca urbanistica: un binomio (in)dissolubile?*, in *Arch. pen*., aprile 2021.

ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Madrid, 2020.

ALESANI, *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006.

ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli 1979.

ALLOTTI, *La libertà di stampa. Dal XVI secolo a oggi*, Bologna, 2020.

AMARELLI, *Pornografia minorile: le Sezioni Unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in *Giur. It*., maggio 2019.

AMARELLI, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2016.

AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006.

ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992.

ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, I, Milano 1983.

ANGIONI*, Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994.

ANTOLISEI, *Origine e svolgimento della dottrina del delitto mancato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1911, II, I.

ANTONINI, *Gli «atti preparatori» nel Codice e nella legislazione speciale*, in *Giust. pen.*, Roma, 1982.

APREA, *Limiti del diritto di cronaca*, in *Giur. it.*, 2011.

ARANGIO RUIZ, *Il diritto di stampa*, Modena, 1905.

ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, New York, 1966, trad. it. a cura di A. GUADAGNIN, Torino, 2009.

BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*. *Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018.

BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. tr.*, XI, Roma, 1989.

BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico,* in *Studi in memoria di G. Tarello,* II, Milano, 1990.

BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985.

BARBARO*, Diffamazione, verità giudiziaria e verità storica in una recente sentenza della Cassazione*, in *Dir. inf.*, 2010.

BARBER BURUSCO, *Los actos* preparatorios *del delito. Conspiración, proposición y provocación,* Granada, 2004.

BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 2016.

BARBERIS, *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in *Analisi e diritto*, Torino, 2005.

BARILE, *Associazione (libertà di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958.

BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953.

BARILE, *La libertà di manifestazione di pensiero*, Milano, 1975.

BARQUÍN SANZ-M. OLMEDO CARDENET, Artículo 18, in COBO DEL ROSAL (a cura di), *Comentarios al Código Penal,* T. I., Madrid, 1999.

BARTHES, *Lezione. Il punto sulla semiotica letteraria*, Torino, 1981.

BARTOLI, *Chiaro e oscuro dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto*, in AA.VV. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014.

BARTOLI*, La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.

BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale tra diritto penale del nemico,* ius in bello *del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008.

BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987.

BASILE, *Ti odio, "in nome di Dio". L'incriminazione dell'odio e della discriminazione (in particolare, per motivi religiosi) nella legislazione italiana*, in *Dir. pen. uomo*, 12, 2019.

BAUCELLS LLADÓS, *Sedición*, in CÓRDOBA RODA- GARCÍA ARÁN (a cura di) *Comentarios al Código penal,* II, Madrid-Barcelona, 2004.
BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Venezia, 1781, VIII e XI.
BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. di W. PRIVITERA, C. SANDRELLI, 1 ed., Roma, 2000.
BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale simbolica?*, in *disCrimen*, 14 gennaio 2018.
BENEDETTI, *Il diritto di satira fra libertà di espressione e tutela dei valori della persona*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 1996.
BENVENUTO, *Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell'esistenza dei genocidi riconosciuti come tali dalla legge francese*, in Dir. *pen. contemp.*, marzo 2012.
BERGAMASCO, sub *art. 115 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011.
BERNAL DEL CASTILLO, *Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre, de modificación del Código penal en materia de terrorismo*, in *Diario La Ley*, 2001, Ref. D-145.
BERNARDI, *Picchettaggio non violento e illiceità penale: un'interessante pronuncia del Tribunale di Brescia restringe il campo applicativo del delitto di violenza privata*, in *Sist. pen.*, 23 aprile 2020.
BERTOLINO, *Suicidio (istigazione o aiuto al)*, in *Dig. Pen.*, 1999, XIV.
BETTIOL, *Il problema penale*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966.
BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Scritti giuridici*, 2, Padova, 1966.
BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971.
BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.
BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1922.
Biondi, *È ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del disciolto partito fascista?*, in *Giur. merito*, 2006, III.
BLASI, *Reading Holmes trhough the lens of Schauer: the Abrams dissent*, in *72 Notre D.L. Rev. 1343, 1344*, 1997.
BOBBIO, *L'età dei diritti*, Padova, 2002.
BOBBIO, *Profilo ideologico del Novecento italiano*, Torino, 1986.
BOGGI, *Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti*, in *Ragione pratica*, 2008.
BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1971,
BOGNETTI, *Vilipendio del governo e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1960.
BONANNO, *Diffamazione a mezzo stampa e limiti del diritto di cronaca*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1985.
BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018.
BOVE, *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processual-civilista* (*note a margine del d.lgs. n. 7 del 15/1/2016*), in *La nuova procedura civile*, gennaio 2016.
BOZA MORENO, *El delito de enaltecimiento terrorista como limite a la libertad de expresión*, in *Revista general de derecho penal*, 36, 2021.
BRICOLA, *Carattere sussidiario del dir. pen. e oggetto della tutela*, in *Studi Delitalia*, Milano, 1984, I.
BRICOLA, *L'art. 553 come limite penale alla libertà del pensiero,* in AA.VV. (a cura di) *Legge penale e libertà del pensiero. III Convegno di diritto penale – Bressanone*, Padova, 1966.
BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione italiana alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980.
BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig.*, XIX, 1973.
BRICOLA, voce *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enc. dir.*, XI, Varese, 1962.
BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2016.
BRUSCO, *Contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione e applicazione delle leggi di contrasto al neofascismo*, in *Quest. giust.*, 14 maggio 2019.
BURZI, *Sui limiti del diritto di cronaca*, in *Giur. it.*, 2007.
BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella società dell'informazione*, Milano, 1997.
CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, II, Padova, 2004.
CALAMANDREI, *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 149.
CALVO, *Diffamazione e proporzione del trattamento sanzionatorio: il dialogo tra Cassazione e Corte costituzionale.*, in *Arch. pen.*, 2021.

CAMPO MORENO, *El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o de sus autores*, in *Diario La Ley*, 2001.
CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, 2010.
CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019.
CAPACCIOLI, *Rapporti fra prevenzione e repressione in tema di spettacolo,* in *Problemi giuridici della prevenzione e della espressione in materia di spettacolo,* in *Convegni di studio "Enrico De Nicola"*, Milano, 1963.
CAPOTI, *Istigazione, proselitismo e induzione all'uso di droga, propaganda pubblicitaria*, in *Commento pratico sistematico al Testo Unico sugli stupefacenti*, a cura di RIONDATO, Padova, 2006.
CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Quest. giust*., 1997.
CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in Aa.Vv. (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014.
CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965.
CARBONELL MATEU, *Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas "más allá de la provocación y la injuria",* in ALONSO RIMO ET AL. (a cura di), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*.
CAROLI, *Commemorare i caduti della Repubblica Sociale Italiana con il saluto romano non costituisce reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017.
CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, VII, Lucca, 1870.
CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola. Roma*, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in *cortecostituzionale.it*.
CARUSO*, D.d.l. Zan: diritto penale pedagogico o costituzionalmente orientato?*, in *Quad. cost.,* 3, 2021.
CARUSO, D*ialettica della libertà di espressione: il "caso Tosi" e la propaganda di idee razziste*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011.
CARUSO, *Dignità degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti". Una rilettura dell'art. 21 Cost*., in *Quad. cost.*, 4, 2013.
CARUSO, *L'*hate speech *a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quad. cost*., 2017.
CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013.
CARUSO, T*eoria e "ideologia" della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla* freedom of speech, in *Forum di quaderni costituzionali (Rassegna)*, 2013.
CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in *Quad. cost.*, 2008.
CASTALDO, *Dall'imposizione al successo. La democratizzazione tedesca in prospettiva comparata*, Napoli, 2014.
CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persona. Il problema dell'interazione psichica*, in DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010.
CATALÁ Y BAS, *La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007*, in *Revista europea de derechos fundamentales*, 10, 2007.
CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, 1988.
CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al D.L. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim*., 2, 2015.
CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000.
CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo: i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2016.
CAVALIERE, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. Dir.*, 1-4, 2009.
CECCHI-DI ROSA-EPIDENDIO, *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, Macerata, 2015.
CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*.
CERETI, voce *Pensiero (libertà di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Milano.
CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969.

CHELI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di media*, 3-4, giugno 2013, in *www.cortecostituzionale.it*.
CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, in *Quad. cost.*, 1, 2002.
CIRILLO, *Il volto dei reati di opinione nel contrasto al terrorismo internazionale al tempo di Internet*, 2, 2019.
CIRILLO, *Istigazione e apologia nei recenti (dis)orientamenti giurisprudenziali*, *Dir. pen. proc.*, 2019.
CLEMENTE, *Modifiche al c.p. in materia di reati di opinione, a seguito della l. n. 85 del 2006*, in *Giurisprudenza di merito*, I, 2007.
COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*. *Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei*, Milano, 2016.
COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento. Da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato"*, Milano, 1986.
COLOMER BEA, *La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, 2019.
COMANDUCCI- GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2005.
CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, in *Ind. Pen.*, III, 1970.
CONSULICH, *Reati contro l'ordine pubblico*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2016.
CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino, 2019.
CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Quest. giust.*, 4, 2016.
CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, 2019.
CONTIERI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 1961.
CORRECHER MIRA, *¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo*, in *Diario La Ley*.
CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 3, 2014.
CORVI, sub *art. 278*, in MARINUCCI – DOLCINI – GATTA, *Codice penale commentato*, 2021, V, II.
COSTANTINI, *Il saluto romano nel quadro dei crimini d'odio razziale: dimensione offensiva e rapporti con la libertà di espressione*, in *Dir. pen. proc.*, 2020.
COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubblicistiche*, vol. VIII, 1993.
COTRONEO, *Il conformismo della rete*, in *Sette*, 45, novembre 2015.
CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, in *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985.
CRISAFULLI, *Stato, popolo, Governo, Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985.
CUERDA ARNAU, *El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales*, in AA.VV., *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor Josè Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001.
CUERDA ARNAU, *Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función* dogmática *del efecto de desaliento*, in *Revista General de Derecho Penal*, 8, 3, 2007.
CUNIBERTI, *Il limite del buon costume*, in M. CUNIBERTI (a cura di), *Percorsi di diritto dell'informazione,* Torino, 2006.
CUPELLI, *Commento all'art. 1 c.p.*, in G. LATTANZI – E. LUPO (a cura di), *Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Vol. I. La legge penale e le pene*, Milano, Aggiornamento 2015.
CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo*, auctoritas *e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013.
CUPELLI, *Il nuovo art. 270* bis *c.p.: emergenze di tutela e* deficit *di determinatezza*, in *Cass. pen.*, 2002.
CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato,* in *Sist. pen*., dicembre 2019
CUPELLI, *Il Testo Unico sugli stupefacenti alla prova del cambio di passo della giurisprudenza costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2013.
CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018.
CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012.
CUPELLI, voce *Onore e pudore sessuale (atti contrari all')*, in *Diz. dir. pub.*, IV, Torino, 2006.
D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, *Le promesse non mantenute del diritto penale,* Milano, 2012.

D'AMICO - SICCARDI, *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'*hate speech on line, Torino, 2021.
D'AMICO, *Il fine vita davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Oss. Cost.*, 1, 2020.
D'AMICO, *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Riv. AIC*, 2, 2015.
DAMBRUSO, *Jihad. La risposta italiana al terrorismo: le sanzioni e le inchieste giudiziarie*, Roma, 2018.
DANIELE, voce *Proscioglimento (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, Milano, 2008.
DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, 2002.
DE DOMINGO PÉREZ, *La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento»*, in *Revista de estudios políticos*, 122, 2003.
DE FLAMMINEIS, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, in *Dir. pen. cont*., ottobre 2016.
DE FRANCESCO, *Commento al d.l. 26.4.1993, conv. Come modif. dalla l. 25.6.1993, n. 205, sub art. 1*, in *Leg. pen.*, 1994.
DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018.
DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, Milano, 1985.
DE FRANCESCO, *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, in *Leg. pen.*, 2001.
DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, 2010.
DE FRANCO, *Il buon costume quale limite alle manifestazioni del pensiero: può esso dirsi un concetto normativamente determinato?,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1966.
DE JAVIER, *Concordia discors. Una interpretación sobre los indultos a los políticos catalanes en prisión*, in *Teoría y Derecho*, 29, 2021.
DE MARINIS, *Considerazioni minime intorno al tentativo di arruolamento, tra legislazione e prassi giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8, 2017.
DE MARSICO, *Premessa dogmatica all'esame dei reati di istigazione, cospirazione e banda armata (artt. 302- 309 c.p.)*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, IV, Padova 1950.
DE PABLO SERRANO, *El bien jurídico y otros problemas del delito de negación o justificación del genocidio (artículo 607.2 del Código penal). "Crónica de una muerte anunciada"*, in AA.VV., *Derecho penal internacional y memoria histórica: desafíos del pasado y retos del futuro*, Buenos Aires, 2012.
DE PABLO SERRANO, *Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Valencia, 2018. ID, *La protección penal del honor y el conflicto con las libertades informativas. Modelos del Common law, continental europeo y del Convenio Europeo de DD.HH.,* Montevideo-Buenos Aires, 2017.
DE SALVIA - *ZAGREBELSKY (a cura di), Diritti dell'uomo e libertà fondamentali: la giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. I, Milano, 2006.
DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in Ameria* (trad. it.), in *Scritti politici di Alexis de Tocqueville*, II, Milano, 1968 (1849).
DE VERO, (voce) *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig disc. pen.*, VII, Torino, 1993.
DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, in *Arch. pen.*, 1976.
DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988.
DE VITA, *"Filosofia della prassi" o "Medioevo penale"? Il futuro del metodo del diritto penale visto da una retrospettiva della scuola positiva*, in *Crit. dir.,* 2007, 2.
DE VITA, *Depenalizzazione e principi costituzionali: alla ricerca di un «supporto costituzionale» dell'illecito penale decriminalizzato*, in Aa.Vv. (a cura di), *Depenalizzazione e circolazione stradale*, Milano, 2002.
DE VITA, *Il "legislatore senza qualità". La legislazione penale di fine millennio ed il nuovo sistema sanzionatorio "penale"*, in MOCCIA (a cura di), *La riforma continua. Il riformismo giuridico dell'"era progressista": tentativo di bilancio*, Napoli, 2002.
DE VITA, *La crisi della razionalità dell'opzione punitiva nel diritto penale dell'economia*, in DE VITA (a cura di), *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: decriminalizzazione e problemi di effettività*, Napoli.

DE VITA, *Ruolo della criminologia e funzioni del sistema penale: la riscoperta della "funzione pratica" della scienza penale*, in PATALANO (a cura di), *Diritto penale e criminologia. Alle origini della "questione criminale"*, Napoli, 2008.
DEL ROSAL BLASCO, *La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995*, in *Cuadernos de Política Criminal*, 58, 1996.
DELITALIA, *Criteri direttivi del nuovo Codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XIII, 1935.
DELITALIA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Iustitia*, 1959.
DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *SiDi-Blog*, giugno 2016.
DEMURO, *La Carta dei diritti*, in LUCARELLI - PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009.
DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005.
DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di un diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Milano, 1988.
DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Riv. dir. pubbl. comp. Ed eur.*, 1, 2006, XXVII.
DI MARTINO, *Assassini della memoria: strategie argomentative in tema di rilevanza (penale?) del negazionismo*, in (a cura di) G. COCCO, *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei*, Milano, 2016.
DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982.
DOLCINI, *Codice penale*, in *Dig. dis. Pen.*, II, Torino, 1988.
DOLCINI, *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011.
DOLCINI, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014.
DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
DONINI – PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.
DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2, 2007.
DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.
DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2016.
DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014.
DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 4 2013.
DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
DOPICO GÓMEZ-ALLER, *¿Es competente la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de rebelión y de [algunos de] los delitos de sedición?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 19, 2017.
DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017.
DWORKIN, *Foreword*, in I. HARE – WEINSTEN (a cura di), *Extreme speech and democracy*, Oxford University Press, 2009.
EMERSON, *Toward a general theory of the first amendment*, in *The yale law journal 72*, 1963.
ESCOBEDO, *A proposito del reato di incitamento alla disobbedienza della legge e d'istigazione all'odio tra le classi sociali*, in *Giust. pen.*, 1894.
ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile*, Torino, 2008.
ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, Milano, 1958.
EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *DisCrimen*, maggio 2021.
EUSEBI*, Laicità e dignità umana nel diritto penale. Pena, elementi del reato, bio-giuridica*, in BERTOLINO-FORTI (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007.
EUSEBI, *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minorgiustizia*, 1, 2016.
FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1978.
FASANI, *Le "parole preparatorie". I reati antiterrorismo di parola nell'era dei* new media, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2019.
FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale* Padova, 2016.
FAZIO - VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, in *Pol. dir.*, 1972.

FERNANDEZ-VIAGAS, *El bárbaro civilizado. Al hilo de la STC 235/2007, de 7 de noviembre*, in *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, III, 2007.
FERRAJOLI , *Per un programma di diritto penale minimo*, in PEPINO (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1992.
FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Roma-Bari, 2000.
FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985.
FERRAJOLI, *La separazione tra diritto e morale,* in *I problemi del socialismo,* 1985, 5.
FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007.
FIANDACA, *Il diritto giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008.
FIANDACA, *Intorno a scopi e funzioni nel diritto penale*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013.
FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?,* in *Foro it*., 2001.
FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984.
FIANDACA*, Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991.
FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984.
FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in (a cura di) VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, VASSALLI (a cura di), Napoli, 2006.
FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017.
FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1992.
FIORE, (voce) *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980.
FIORE, *Cronaca giornalistica e delitti contro l'onore*, Napoli, 1967.
FIORE, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016.
FIORE, I *reati di opinione*, Padova, 1972.
FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, VASSALLI (a cura di), Napoli, 2006.
FIORE, *Il principio di offensività,* in *Ind. pen.,* 1994.
FIORE, *Il vilipendio davanti alla Corte costituzionale*, in *Quale giustizia*, 1974.
FIORE, *L'art. 553 c.p., la Costituzione e la riforma del Codice penale, in Annali* della Facoltà di Giur. dell'Università di Macerata, XXX, 1971.
FIORE, *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, in *Foro pen.*, 1963.
FIORE, *L'ordine pubblico tra Codice penale e leggi eccezionali*, in AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1985.
FIORE, *La concezione realistica dell'illecito,* in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982.
FIORE, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Pol. dir.*, 1970.
FIORELLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1987.
FLEURY, *È costituzionalmente legittimo il divieto di propaganda a pratiche anticoncezionali?*, in *Gist. Pen.*, 1964, I.
FLOR, *Cyber-terrorismo e diritto penale in Italia*, in WENIN-FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno di Trento, 2 e 3 ottobre 2015*, Napoli, 2017.
FLORA, *La tutela penale del "fatto religioso" tra Codice Rocco e Costituzione*, in *Criminalia*, 3, 2008.
FLORA*, Manuale per lo studioso della parte speciale del diritto penale*, I (Il sistema della parte speciale), Padova, 1998.
FLORIAN, *Trattato di diritto penale. Introduzione ai delitti in ispecie e delitti contro la sicurezza dello Stato*, II, Milano, II.
FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957.
FONTANA, *Dignità umana e autodeterminazione terapeutica nelle scelte di fine vita*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, 145 ss. MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino, 1996.
FORNASARI – RIONDATO, *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017.
FORNASARI, *Introduzione*, in FORNASARI-RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2017, XVII.

FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2016.
FORTI, sub *art. 414 c.p.*, in *Commentario breve c.p.*, a cura di CRESPI - STELLA - ZUCCALÁ, Padova, 2003.
FORTI, *Una prospettiva «diabolicamente umana» sul rapporto tra norma e sanzione nell'ordinamento penale*, in (a cura di) AA.VV., *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di E. Dolcini*, Milano, 2018, I.
FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno tra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Napoli, 2020.
FRONZA, *Brevi note sulla teoria della "istigazione indiretta" in tema di apologia*, in *Cass. pen.*, 2003.
FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso e tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016,
FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012.
FRONZA, *Negazionismo (diritto penale)* (voce), in *Enc. Dir. Annali: VIII*, Milano, 2015.
FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997.
FRONZA, *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, in *Parola alla difesa*, 1, 2016.
GAETA, *Limiti di espressione dell'antagonismo politico e giurisprudenza di legittimità: riflessioni sparse*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016.
GALÁN MUÑOZ, *El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?*, in *Estudios Penales y Criminológicos.*
GALDENZI, sub *art. 302 c.p.,* in AA. VV., *Codice penale commentato*, a cura di DOLCINI- MARINUCCI, Milano 2006.
GALLI, *Dalla Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di "esibizionismo razzista" (art. 2 co. 1 legge mancino) e il delitto di «manifestazioni fasciste» (art. 5 legge Scelba*), in *Dir. pen. cont*., giugno 2016.
GALLO – MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984.
GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966.
GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano, 2020.
GAMBERINI - 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.*
GAMBERINI - INSOLERA, *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti*, in *Dir. e giustizia*, 2006, VI.
GAMBERINI*, I «pensieri leciti» della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973.
GAMBERINI, *Tutela della memoria e diritto penale: una riflessione sistematica e comparativa a partire dal reato di negazionismo*, in *Dir. pen. cont.*, dicembre 2013.
GARCÍA RIVAS, *Rebelión y sedición en la STS 459/2019: razones para una legítima discrepancia*, in *La sentencia del procés: una aproximación académica*, Barcelona, 2020.
GARGANI, *Dal* corpus delicti *al Tatbestand*, Milano, 1997, *passim*.
GARGANI, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, febbraio 2020.
GARGANI, sub *art. 414*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano 2011.
GASPARINI, *L'odio ai tempi della rete: le politiche europee di contrasto all'*online hate speech, in *Jus*, 2017.
GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema-Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in *Sist. pen.*, 10 giugno 2020.
GATTA, *Dal senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in *Dir. pen. cont.*, febbraio 2015.
GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.*, gennaio 2016.
GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVI ed., Napoli, 2009.
GENINA, *Trattato elementare teorico pratico di diritto penale secondo il Codice sardo del 1839*, Torino, 1854.
GERMINARIO, *Negazionismo in Italia*, in *Dizionario dell'Olocausto*, a cura di LAQUEUR-CAVAGLION, Torino, 2004.
GEYER, *Del tentativo*, in *Riv. pen.*, 1881, XIV.
GIANNOTTI, *Vilipendio alla bandiera nazionale da parte del militare in servizio: al vaglio della Corte costituzionale l'eccessiva severità del Codice penale militare di pace.*

GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre los delitos de rebelión, sedición y desobediencia en la STS 459/2019*, in *Teoría y Derecho*, 26, 2019.
GIORDANO, *Associazione con finalità di terrorismo: l'interpretazione giurisprudenziale di una fattispecie problematica*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2019.
GIUNTA, *I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature*, in AA.VV. (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà,* Atti del Convengo, Pisa, 12 ottobre 2018, Torino, 2019.
GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019.
GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici,* in *Dir. pen. cont*., novembre 2012.
GOISIS, *Omosessualità,* hate crimes *e diritto penale*, in *GenIUS*, 2015.
GOISIS, *Provvedimento amministrativo discriminatorio: la necessità della disciplina penale contro gli atti di discriminazione razziale*, in *Giur. it.*, 11, 2021.
GÓMEZ NAVAJAS, *Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código penal de 1995 (algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo Penal Núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre de 1998)*, in *La Ley*, 3, 1999.
GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.
GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986.
GRASSO, *La sentenza n. 1 del 1956. Sessant'anni dopo*, in *Oss. Cost.*, 1, 2017.
GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, Roma, 1924.
GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972.
GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1960.
GUARDAGLIONE - GAL - ALVEZ - MARTINEZ, *Countering onlune hate speech*, Parigi, 2015.
GUARNIERI, *Reati d'opinione e opinione sui reati*, in *La giustizia penale*, 1976.
GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in D. TEGA, *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011.
GUERINI, Fake news *e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino, 2020.
GULLO, *Delitti contro l'onore*, in *Reati contro la persona*, in PALAZZO - PALIERO (a cura di), *Trattato teorico-pratico*, 2, Torino, 2015.
GULLO*, Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013.
GULLO, *Diffamazione, pena detentiva e chilling effect: la Consulta bussa alla porta del legislatore*, in *Dir. pen. proc*., 2, 2021.
GULLO, *Eguaglianza, libertà di manifestazione del pensiero e tutela differenziata dell'onore: un equilibrio ancora sostenibile?*, in *Criminalia*, 2014.
GULLO, *La tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015, in Dir. pen. cont*., 15 marzo 2016.
GULLO, Sub *art. 595 c.p.,* in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2019.
HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, (1968), tr. it., Napoli, 2007, con saggio introduttivo di G. CARLIZZI, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer.*
HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984.
INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, II, Bologna, 2000.
INSOLERA, *Il limite della legge*, in INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019.
INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, II.
INSOLERA, *Post scriptum*, in GUARNIERI – INSOLERA – ZILLETTI (a cura di), A*natomia del potere giudiziario: la giustizia costituzionale*, Roma, 2019.
INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997.
INSOLERA, *Reati in materia di stupefacenti e dialogo tra le Corti*, in DELLA RAGIONE-INSOLERA-SPANGHER (a cura di), *I reati in materia di sostanze stupefacenti (e criminalità organizzata)*, Milano, 2019.
IVALDI, *La tutela penale in materia religiosa nella giurisprudenza,* Milano, 2004.
JAEGER, *Il diritto della collettività alla informazione attraverso la stampa*, in *Just.*, 1959.

JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1972.
JEMOLO, *Lo stato può difendersi*, in *Giur. cost.*, 1970.
JESCHECK – WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlino, 1996.
KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa"*, (1965), tr. it., Napoli, 2003.
KOLTAY, *Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression*, Budapest, 2017.
KROTOSZYNSKI JR., *The First Amendment in Cross-cultural Perspective: A Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech*, New York University Press, 2006.
LA CUTE, (voce) *Apologia e istigazione*, in *Enc. giur. Trec.*, XIX, Roma, 1988.
LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa e (s)proporzione del trattamento sanzionatorio: la Corte costituzionale concede al Parlamento un anno per intervenire sulla disciplina vigente*, in *Foro Italiano* news, 22 luglio 2020.
LA ROSA, *Tutela della pari dignità: norme antidiscriminazione*, in Pulitanò (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Tutela della persona*, I, II, Torino, 2014.
LA ROSA, *Tutela penale dell'onore*, in PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, Torino, 2019.
LA ROSA, *Anche la ricettazione può essere scriminata dall'esercizio del diritto di cronaca?*, in *Giur. it.*, 2020.
LAMARCA PÉREZ, *Apología: un residuo de incriminación de la disidencia*, in *La Ley penal*, 28, III, 2006.
LAMARCA PEREZ, *Delitos. La parte especial del derecho penal*, Madrid, 2016.
LAMARQUE, *I reati di opinione*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011.
LANDA GOROSTIZA, *Incitación al odio: evaluación jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 c.p. y propuesta de lege lata*, in *Revista de Derecho penal y criminología*, 3, 7, 2012.
LANDA GOROSTIZA, *La llamada «mentira de Auschwitz» (art. 607.2 c.p.) y el «delito de provocación» (art. 510 CP) a la luz del «caso Varela»: una oportunidad perdida para la «cuestión de inconstitucionalidad» (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal n. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)*, in *Actualidad Penal*, 1999.
LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983.
LASCURAIN, *La libertad de expresión tenia un precio*, in *Revista Aranzadi Doctrinal* (*online*), 6, 2010.
LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964.
LAURENZO COPELLO, *Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*, in *Libertad ideológica y Derecho a no ser discriminado*. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996.
LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967.
LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Torino, 1970.
LAZZARO, *La libertà di stampa in Italia dall'Editto albertino alle norme vigenti*, Milano, 1969.
LEOTTA, *La repressione penale del terrorismo a un anno dalla riforma del D.L. 18 febbraio 2015 n.7, conv. con modif. dalla L. 17 aprile 2015 n. 43*, in *Arch. pen.*, 2016.
LEOTTA, *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte Edu sul genocidio armeno (2015),* Padova, 2016.
LEOTTA, voce *Negazionismo*, in *Digesto discipl. pen.*, Aggiornamento, X, 2018.
LIPARI, *Etica e professionalità del giornalista*, in *Just.*, 1982,
LO MONTE, *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino, 2012.
LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2014.
LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla Decisione Quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17*, 3, 2011.
LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *The Am. Pol. Science Rev.*, 1937.
LOGUERCIO, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1955.
LOMBARDI, *Fedeltà qualificata e limiti modali alla libertà di manifestazione del pensiero pensieri e prospettive*.
LOSAPPIO, *La delega di depenalizzazione specifica. Effetti pretesi e pretese senza effetto*, in *Cass. pen*., 2016.
LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011.
LUCIANI, *La libertà di espressione, una prospettiva di diritto comparato*. Italia, EPRS, Servizio di Ricerca del Parlamento europeo, in *www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/ 64224*, 2019.
MACIA GOMEZ-M. ROIG ALTOZANO, *Nuevo Código penal de 1995*, Barcelona, 1996.
MADDALENA, *I percorsi logici per l'interpretazione del diritto nei giudizi davanti la Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 11, 2011, *passim*.
MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'*indulgentia principis *all'idea dello scopo*, Napoli, 2007.

MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017.
MAIELLO, *Fuga dalla sanzione e postmodernità penalistica*, in S. MOCCIA (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli, 1998.
MAIELLO, *Il cantiere sempre aperto del concorso esterno*, in *Sist. pen.*, febbraio 2021.
MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014.
MAIELLO, *La legalità della legge al tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020.
MAIELLO, *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni del Dipartimento di scienze penalistiche – Università di Napoli Federico II*, 1, 2005.
MAIELLO, *Ordine pubblico (delitti contro),* in *Enc. del sole 24 ore*, Roma, 2008.
MAIELLO, *Pessina e la scuola classica*, in *Dir. rel.*, 2012.
MAIOCCHI, *Scienza italiana e razzismo fascista*, Milano, 1999.
MAJNO, *Commento al Codice penale italiano*, Verona, 1890.
MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018.
MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 gennaio 2018.
MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'uguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005.
MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Apología del terrorismo*, in OCTAVIO DE TOLEDO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (a cura di), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004.
MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989.
MANNA, *Il diritto di cronaca, di critica e di denuncia e la diffamazione. «Gli arresti giurisprudenziali»*, in *Cass. pen.*, 2003.
MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2013.
MANTOVANI, *Considerazioni in tema di tutela penale della morale dei minori e di pubblicazioni in materia sessuale,* in *Temi,* 1966.
MANTOVANI, *I limiti della libertà di manifestazione del pensiero in materia di fatti criminosi, con particolare riguardo alle due sentenze della Corte costituzionale sul divieto di pubblicazione di determinati atti processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966.
MANTOVANI, *I reati di opinione*, in *Il ponte*, 1971.
MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione* in *Scritti in onore di G. Mortati,* VI, Milano, 1977.
MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, 1982.
MANTOVANI, *Principi di diritto penale,* Padova, 2007.
MANTOVANI, *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. inform.*, 1992.
MANZANARES SAMANIEGO, *El Código Penal en el proceso independentista de Cataluña*, in *La Ley,* 9061, 2017, *passim*.
MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV, V, 1987.
MARENGHI, sub *art. 302 c.p.*, in *Codice commentato*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011.
MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, VI, Aggiornamento, Milano, 2002.
MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, 2, Torino, 1993,
MARINI, *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Nss. Dig. It.*, Appendice, V, Torino, 1984,
MARINO, *Lo statuto del "terrorista": tra simbolo ed anticipazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.,* 1.
MARINUCCI- DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.
MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983.
MARINUCCI, *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in *La questione criminale*, 1981.
MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974.
MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988.
MARINUCCI, *Agire lecito in base ad un giudizio ex ante*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011.
MARTINES, *Diritto costituzionale,* Milano, 1992.

MARTINEZ GARAY- MIRA BENAVENT, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Valencia, 2011.
MARTINEZ SOSPEDERA, *Aplastar la serpiente en el huevo. Acera de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del c.p.*, in *Revista general de derecho*, 664-664, 2000.
MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea e internazionale*, Napoli, 2013.
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*., 11, 2006.
MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Torino, 2011.
MAURI, *Applicabile l'art. 57 c.p. al direttore del quotidiano online: un revirment giurisprudenziale della Cassazione, di problematica compatibilità col divieto di analogia*, in *Dir. pen. cont.*, febbraio 2019.
MAZZANTI, *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2017.
MAZZUCATO, *Offese alla libertà religiosa e scelte di criminalizzazione. Riflessioni de iure condendo sulla percorribilità di una politica mite e democratica*, in *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, DE FRANCESCO - VENAFRO (a cura di), Torino, 2007.
MEIKLEJOHN, *The first Amendment is an absolute*, in *The Supreme Court Review*, 1961.
MELZI D'ERIL – VIGEVANI, *La Corte Europea dei Diritti e la libertà d'espressione*, in *Quad. cost.*, 2009.
MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate online registrate*, in *Dir. pen. cont.*, marzo 2016.
MELZI D'ERIL, *La disciplina della stampa e la sua estensione all'informazione in rete*, in Aa.Vv. (a cura di), *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019.
MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2006.
MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016.
MESSINA, *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello Stato*, Milano 1981.
MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953.
MILTON, *Aeropagitica. Discorso per la libertà della stampa*, trad. a cura di M. GATTI e H. GATTI, Milano, 1998.
MITTONE, *Il Codice repressivo*, in *Biblioteca della libertà*, 1970.
MOCCIA, (voce) *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990.
MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it di dir. e proc. pen.*, 1995.
MOCCIA, *Diritto penale politico e giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di riunione e di associazione (articoli 17 e 18 Cost.)*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e Giustizia Costituzionale*.
MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992.
MONTANARA, *Ordine pubblico (reati contro*), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE, Milano, 2006.
MONTESQUIEU, *Espiri des Lois*, XIX, in *Oeuvres Completes*, II, ed. a cura di R. CAILLOIS, Gallimard, Paris 1958.
MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, 2014.
MORMANDO, *L'istigazione. Problemi generali della fattispecie e rapporti con il tentativo*, Padova, 1995.
MORMANDO, *Laicità penale e determinatezza. Contenuto e limiti del vilipendio*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.
MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Annali, 2008, II, II.
MORTATI, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Cron. Soc.*, 14-15, 1947.
MUÑOZ CUESTA, *Interpretación del enaltecimiento del terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541 de 18 de marzo*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017.
MUÑOZ-FRANCISCO, *El delito de sedición, protagonista del debate jurídico de la sentencia del procés: comentario a STS 459/2019*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10, 2019.
NAPODANO, *I delitti contro la sicurezza dello Stato*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia di diritto penale*, VI, Milano, 1909.
NARDI, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'Internet service provider?*, in *Dir. pen. cont*., marzo 2019.

NARDI, *La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale*, In *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2017, 1.
NARDI, *Quando la "parola pericolosa" è ritenuta penalmente irrilevante*, in *Dir. pen. proc.*, 2015.
NARDOCCI, *Razze ed etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Napoli, 2016.
NEGRI, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XIV.
NEPPI MODENA – PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in Storia d'Italia, *Annali 12, La Criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1997.
NEPPI MODENA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. Disc. Pen.,* 4, Torino, 1987.
NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1984.
NICASTRO, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it,* 2015.
NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e diritto penale*, Torino, 2006.
NOCERA, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2018.
NOTARO, *Diffamazione a mezzo stampa e limiti del diritto di cronaca*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
NOTARO, *Modifiche al Codice penale in materia di reati di opinione,* in *Legisl. Pen*., III, 2006.
NUÑEZ CASTAÑO, *Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo*, in *Revista general de derecho penal*, 36, 2021.
NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971.
NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà di pensiero. Atti del III Convegno di diritto penale-Bressanone-Padova*, 1966.
NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.
NUVOLONE, voce *Cronaca (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1990.
OETHEIMER, *Art. 10 - Libertà di espressione*, IN BARTOLE - DE SENA - ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.
ONIDA, *Vilipendio della religione e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giur. cost*., 1975.
ONNIS, *Riflessi del nazionalismo di Alfredo Rocco sulla legislazione penale fascista con particolare riguardo ai reati di opinione*, in *Studi economici-giuridici dell'Università di Cagliari*, XLVIII, 1973-1974, Milano, 1975.
ORDILE, *Le costanti e le variabili del diritto penale nell'esperienza storica*, in *Osservatorio penale (Ed. web)*, 2, 2014.
ORRÙ, *La pubblicità delle condotte come requisito essenziale della nozione del buon costume ex art. 21 Cost. e come vincolo all'attività interpretativa del giudice*, in *Giur. cost.*, 5, 1992.
PACE - PETRANGELLI, (voce) *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002.
PACE- MANETTI, *Art. 21. Rapporti civili*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 2006.
PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*.
PADOVANI - STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006.
PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sull'origine dell'antigiuridicità obiettiva*, in *Riv. it. dir proc. pen.*, 1983.
PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, Libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982.
PADOVANI, *La sopravvivenza del Codice Rocco nell'età della decodificazione*, in *La questione criminale*, 1981.
PADOVANI, *La travagliata rinascita dei delitti in materia di religione*, in *Stud. iur.*, 1998.
PADOVANI, *Stato (reati contro la personalità dello)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990.
PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo stato,* in *Guida al diritto*, 2006.
PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, 2, Milano, 1965.
PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.
PAGLIARO, *La vittima nel diritto penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2010.
PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Arch. pen.*, 2014.
PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.,* XVI, Milano, 1967.
PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione*, in *Quad. cost.*, 1987.
PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006.

PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma: un dialogo con la storia*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 4, 2017.
PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.
PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979.
PALAZZO, *Il tentativo: un problema ancora aperto? (Tipicità ed offesa tra passato e futuro)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011.
PALAZZO, *La tutela della religione tra uguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. Pen.*, 1996.
PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020.
PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998.
PALIERO, *"Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattelari*, Padova, 1985.
PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.
PALIERO, *L'Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2016.
PALOMBARINI, sub *art. 278*, in CRESPI – STELLA – ZUCCALÁ, *Commentario breve al Codice penale*, VII, 2017.
PALVERA, *Condizioni e fattori di promozione della pena prescrittiva*, in *DisCrimen*, giugno 2021.
PANE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggettivi vulnerabili*, in *Dir. pen. cont.*, marzo 2015.
PAOLONI, *Le Sezioni Unite si pronunciano per l'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commoda, ibi et incommoda?*, in *Cass. pen.*, 10, 2015.
PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009.
PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'età digitale*, Torino, 2018.
PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.
PASTORE, *L'apologia di don Lorenzo Milani costituisce reato?*, in *Dem. e dir.*, 1969.
PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova, 1984.
PATALANO, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Napoli, 1975.
PATERNITI, *Premesse ad uno studio sull'autore del reato*, in *Quaderni del Dipartimento di Studi politici dell'Università di Catania*, 2, Giuffrè, 2006.
PAVICH - BONIMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulle possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *Dir. pen. cont.*, ottobre 2014.
PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.
PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. giust.*, 2016.
PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2020.
PELISSERO, *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, 1, 2018.
PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione giustizia*, 4, 2015.
PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *GenIUS*, 2015.
PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche,* in *Dir. pen. e proc.*, 2006.
PELISSERO, *Reati contro la personalità dello stato e l'ordine pubblico*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale,* Torino, 2010.
PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000.
PERDUCA, *Fascismo II Disposizioni penali sul fascismo*, in *Enc. Giur.*, XIV, 1989.
PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, 2018.
PERLINGIERI-FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017.
PERLINGIERI-ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.
PERRONE, *Buon costume e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015.
PERTICONE, *Fascismo (politica e sociologia)*, in *Enc. dir.*, Varese, 1967, XVI.
PESCE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili,* in *Dir. pen. cont.,* (ed. web), 24 marzo 2015.

PESSINA, *Elementi di diritto penale*, III, Napoli, 1885.
PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del Codice penale vigente* (1764-1890), in *Enc. dir. pen. Raccolta di monografie*, a cura di E. PESSINA, II, Milano, 1906.
PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1966.
PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca dei social, delle fake news e degli* hate speeches, Torino, 2020.
PEZZELLA, *La diffamazione. Responsabilità civile e penale*, Milano, 2009.
PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del Codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Pol. dir.*, 1979.
PICCIONE, *L'antifascismo e i limiti alla manifestazione del pensiero tra difesa della Costituzione e diritto penale dell'emotività*, in *Giur. cost.*, 4, 2017.
PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013.
PICOTTI, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. merito*, 2006.
PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in Aa.Vv. (diretto da), *Cybercrime*, Torino, 2019.
PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur. mer*., 12, 2012.
PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici della fattispecie penale*, 1993.
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*, cit..
PICOTTI, *La discriminazione razziale e la politica: riflessioni su una recente sentenza del Tribunale di Verona*, in *Dir. imm. e citt*., 2, 2005.
PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012.
PINO, *Diritti fondamenti e ragionamento giuridico*, Torino, 2008.
PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008.
PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo: geometrie costituzionali*, Napoli, 2012.
PISTORELLI, *sub* art. 528 c.p. in MARINUCCI – DOLCINI – GATTA, *Codice penale commentato*, V, 2021.
PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003.
POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011.
POPPER, *The open society and its enemies*, V, Princepton University Press, 1966.
PRESNO LINERA, *Breves y apuradas consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que 'anula la condena del Tribunal Supremo al cantante Strawberry'*, in *Blog El derecho y el revés*, 2020.
PROSDOCIMI, (voce) *Vilipendio (reati di)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993.
PUGIOTTO, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*, in *GenIus*, 2015.
PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013.
PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Dir. pen. cont.* (ed. web), luglio 2016.
PUGLISI, *Discriminazione razziale. Sulla compatibilità tra provocazione e finalità di odio razziale: glosse* de iure condendo, in *Giur. it.*, 5, 2018.
PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'uguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2018.
PUGLISI, *Sulla compatibilità tra provocazione e finalità di odio razziale: glosse* de jure condendo, in *Giur. it*., 2018.
PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015.
PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, in FORTI-VARRASO-CAPUTO (a cura di), *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014.
PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014.
PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge Ilva*, in *Giur. cost.*, 2013.
PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.
PULITANÒ, *Legge penale, fascismo, pensiero ostile*, in *Riv. dir. media*, 1, 2019.

PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Qual. giust.*, 1971.
PULITANÒ, *Populismi e penale, sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013.
PULITANÒ, *Riforma dei reati di opinione?,* in *Corriere giuridico*, 2006.
PULITANÓ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.
PULITANÒ, *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969.
PULITANÒ, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990.
PULITANÒ, Welfare *e diritto penale. Variazioni su un tema di Garland*, in *Criminalia,* 2016.
PUPO, *La democrazia intollerante. Quanta libertà si può limitare in difesa della libertà*, in *www.federalismi.it,* 14 febbraio 2018.
RAMAJOLI, *Offesa all'onore della persona e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1966.
RAMOS MOVÁZQUEZ, *La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código penal),* in *Revista penal*, 23, gennaio 2009.
RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, 1984.
REBOLLO VARGAS, *Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico*, in *Revista de Derecho penal y Criminología,* 19, 2018.
REBOLLO VARGAS, *Sedición* (delito de), in *Eunomía*, 17, 2019.
REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Valencia, 1997.
RECALCATI, *Sull'odio*, Bologna, 2004.
RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020.
RICCARDI, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.,* 2013.
RICCIO, *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, diretto da G. VASSALLI, Milano, 1986.
RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006.
RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Torino, 2014,
RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019.
RISICATO, *Il saluto fascista è reato "non tenue" incompatibile con la provocazione*, in *Giur. it.*, 2019.
RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007.
RIZ, *Il principio di offensività* in S. RIONDATO, (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale di diritto allo Stato di polizia? Attualità del "Problema penale",* Padova, 2012.
ROBERTI, *Corso completo del diritto penale del regno delle Due Sicilie*, IV, Napoli, 1834.
ROIG TORRES, *El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional*, in *Estudios penales y criminológicos*, XLI, 2021.
ROIG TORRES, *Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)*, in Aa.Vv. (a cura di) *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, 2, Valencia, 2015.
ROLLNERT LIERN, *El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso de Juana Chaos a Cesar Strawberry. La Recepcion de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *Revista de derecho político*, 2020.
ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1992.
ROMANO, *Il Codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, in *Quest. crim.*, 1, 1981.
ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985.
ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.
ROMEO, *Modelli normativi orwelliani al vaglio della Consulta*, 1172, in *Giur. it.,* 2004.
RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. Pen.,* 2004.
RONCO, *Libertà di manifestazione del pensiero e nuove istanze punitive*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Trattato breve di diritto penale. Temi contemporanei*, Milano, 2016.
ROSEN, *Dignità. Storia e significato*, Torino, 2013.
ROSENFELD, *La filosofía de la libertad de expresión en América*, in *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 2000.
RUGA RIVA, *sub art. 290 c.p.,* in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, II, Milano, 2006.
RUGGIERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in *Cons. online*, 1, 2015.
RUGGIERI, *Rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e controlimiti mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Riv. AIC*, 1, 2011.

RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018.
SALAZAR, *I "destini incrociati" della libertà di espressione e della libertà di religione: confitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quad. dir. pol. Eccl.*, 1, 2018.
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.
SALVATORELLI – MIRA, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, Torino, 1964.
SÁNCHEZ TOMAS, *La violencia en el Derecho penal,* Barcelona, 1999.
SANDOVAL, *La política de orden público y el delito de sedición*, in *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, 75, 2017.
SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Morano, 1961.
SANTOSUOSSO, *Forme di rinuncia alla pena in materia politica*, in *Crit. Dir.*, 1992.
SANZ PÉREZ, *Libertad de expresión y la negación de los crímenes contra la Humanidad: La negación de los límites. Comentario a la STC 235/2007*, in *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, III, 2007.
SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Il, Mulino, Bologna, 1995.
SBRICCOLI, Crimen laesae maiestatis*. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1979.
SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973.
SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, 1969.
SBRICCOLI*, La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia Unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bologna, 1990.
SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVIII, 1999, II.
SBRICCOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del Convegno internazionale*, Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988, Milano, 1991.
SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009.
SCANLON, *A theory of freedom of expression*, in *Phil e pub. Aff.*, 1972.
SCHAUER, *Categories and the First Amendment: A Play in Three acts*, in *Vanderbilt Law Review*, 1981.
SCHAUER, *Free speech: a philosophical enquiry*, Cambridge University Press, 1982.
SCHIAFFO, *Alle origini dei reati di opinione: modelli di incriminazione e opzioni politico-criminali,* in *Studi in onore di G. Melillo*, III, Napoli, 2010.
SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli, 2004.
SCHIAFFO, *La criminalizzazione della parola: considerazioni tra diritto e processo su un probabile ossimoro*, in *Pen.*, 2020.
SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.*, 2010.
SCHIAFFO, *Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica del reato*, Napoli, 1988.
SCIARABBA, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell'ONU, in Rassegna forense*, 1, 2006.
SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, III, I, Torino, 1864-1972.
SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo reato di negazionismo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2016.
SEMERARO, *Il Convengo su "il Codice Rocco cinquant'anni dopo*", in *Ind. Pen*., 1981.
SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2008.
SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012.
SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1983.
SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.
SERENI*, Istigazione al reato e autoresponsabilità, Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000.
SESSA*, Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da S. MOCCIA, V, Napoli, 2007.
SGUBBI, *Meccanismi di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco. Dibattito su "Il codice Rocco cinquant'anni dopo"*, in *Quest. crim.,* I, 1981.

SICA, *La libertà di informazione tra diritto interno e prospettiva europea*, in SICA-ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2019.
SICA, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Napoli, 2014.
SICA, *La responsabilità civile del giornalista*, in SICA-STANZONE (a cura di), *Professioni e responsabilità civile*, Bologna, 2006.
SICA, *Tutela della privacy, diritto di cronaca e codice deontologico dei giornalisti (comm. a Cass. pen., III, 17 aprile 2008, n. 16145)*, in *Il corr. giur.*, 7, 2008.
SICA-ZENO ZENCOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2010.
SICA-ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2019.
SILVA SANCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà e uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.
SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959.
SIRACUSANO F., *Il concorso di persone e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1993.
SIRACUSANO F., *Il diritto penale è ancora strumento di tutela dei beni giuridici? Sintetiche riflessioni sull'attuale ruolo e sulla funzione del bene giuridico*, in *Raccolta di studi di diritto penale*, Rubbettino, 2004.
SIRACUSANO F., *La condizione di clandestino come circostanza aggravante*, in (a cura di) R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Torino, 2012.
SIRACUSANO F., *La contiguità alla mafia tra paradigmi sociologici e rilevanza penale*, in *Arch. pen.*, 2016, 1.
SOLOZABAL ECHEVARRÍA, *Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23, 1988.
SPADARO, *Il contrasto allo* hate speech *nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Torino, 2020.
SPAGNOLO, *Reati associativi*, in *Enc. giur. trecc.*, Roma, 1996.
SPASARI, *Condotta (dir. pen.),* in *Enc. dir*., VIII, 1961.
SPENA, *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016.
SPENA*, La parola (-) odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello* hate speech, in *Criminalia*, 2017.
SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007.
SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronti*, Milano, 2018.
SPINA, *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016. I nuovi illeciti con sanzioni pecuniarie civili: tutele sostanziali e strategie processuali*, in *La nuova procedura civile*, gennaio 2016.
SPINELLI, *Appunti in tema di tutela del sentimento religioso nell'ordinamento penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1962.
STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973.
STELLA, *Pena e politica criminale. Aspetti teorici e casi pratici*, Milano, 2008.
STILE, *Il Codice penale del 1819 per lo Regno delle due Sicilie*, in *I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Studi coordinati da S. VINCIGUERRA, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, raccolti da S. VINCIGUERRA, Padova, 1993).
STONE, *Restricions of speech because of its content: the peculiar case of subject-matter restricions*, in *The Univerisity of Chicago Law Review*, 1978.
STORTONI*, Fallimento di una riforma penale e impossibilità di un nuovo Codice penale nel presente momento storico*, *Dibattito su "il Codice Rocco cinquant'anni dopo"*, in *La quest. crim.*, 1981, II,.
STORTONI, *L'incostituzionalità dei reati di opinione: una questione "liquidata"?* in *Foro it.*, 1979, 1.
STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. Dir.*, 1994.
STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino, 2008.
STRAUSS, *Pesuasion, Autonomy and freedom of expression*, 91, in *Colum. L. Rev.* 334,1991.
STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it. della quarta edizione a cura di G. MOLLICA, Milano, 2000.
TAGUIEFF, *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, Milano, 1999.
TAJADURA TEJADA, *Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario critico a la STC de 7 de noviembre de 2007*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 80, 2008.
TARANTINO, *Diritto penale e culto del littorio. La repressione dell'uso di simboli fascisti tra* ius conditum e ius condendum, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2020.

TARANTINO, *I c.d. "reati di opinione" ed il diritto costituzionale alla libera manifestazione del pensiero*, in *Giust. pen.*, 1970.
TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2013.
TERUEL LOZANO, *Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 17, 2017.
TERUEL LOZANO, *El discurso del odio y el discurso negacionista: ¿ejercio de una libertad o abuso de derecho?*, in L. ALONSO E V.J. VÀSQUEZ (a cura di) *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, 2017.
TERUEL LOZANO, *Internet, incitación al terrorismo y libertad de expresión en el marco europeo*, in *InDret,* 2018.
TERUEL LOZANO, *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Estudio constitucional de los limites penales a la libertad de expresión en un orenamiento abierto y personalista*, Madrid, 2015.
TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005.
TESAURO, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016.
TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, Torino, 2013.
TIZZANO, *Cronaca giudiziaria: l'errore tecnico del giornalista e l'incerto limite della verità*, in *Giur. mer.*, 2011.
TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*, Madrid, 1969.
TOMASI, *Diffamazione a mezzo stampa e libertà di espressione nell'orizzonte della tutela integrata dei diritti fondamentali*, in *Sist. pen.*, 21 gennaio 2021.
TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato,* in *Studi Delitala*, III, Milano, 1985.
TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008.
TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.
TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959.
TRAVAGLIA CICIRELLO, *La nuova frontiera del lavoro di pubblica utilità quale sanzione amministrativa accessoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.
TRAVAGLIA CICIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Milano, 2018.
TRUCCO, *Brevi note sui più recenti atteggiamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982.
TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria: un primo passo della Corte di Cassazione verso l'abolizione della pena detentiva*, in *Dir. pen. cont.*, 17 aprile 2014.
UBIALI, *Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva: la Corte costituzionale dà un anno di tempo al Parlamento per trovare un punto di equilib*rio *tra libertà di espressione e tutela della reputazione individuale, in linea con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020.
UBIALI, *Un volantino elettorale associa comportamenti criminosi agli stranieri (neri, cinesi, Rom, islamici): è propaganda di idee fondate sull'odio razziale o etnico?*, in *Dir. pen. cont.*, gennaio 2016.
VALENTINI, *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011.
VALERO HEREDIA, *La sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020, en el caso Strawberry, un paso más, aunque no definitivo, hacia la desaparición del delito de enaltecimiento del terrorismo*, in *Revista española de derecho constitucional*, 122, 2021.
VASSALLI, (voce) *Analogia nel diritto penale,* in *Dig. disc. pen.,* vol. I, Torino, 1987.
VASSALLI, (voce) *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Trec.,* VI, Roma, 1988.
VASSALLI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena sine lege,* in *Dig. disc. pen.,* VIII, Torino, 1994.
VASSALLI, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Arch. pen.*, 1967, I.
VASSALLI, *Tipicità (diritto penale),* in *Enc. dir.,* XLIV, Milano, 1992.
VERDE, *Diffamazione a mezzo stampa e l'esimente dell'esercizio del diritto*, Roma, 2010.
VIADA Y VILASECA, *El Código penal reformado de 1870*, Madrid, 4, II, 1890.
VIGAN
VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 2011.
VIGANÓ, *Incriminazione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, in *Ius17@unibo.it*, 2009.
VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale, I, L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002.
VIGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in materia penale*, Torino, 2011.
VIMERCATI, *La Cassazione conferma l'inestensibilità ai blog delle garanzie costituzionali previste per gli stampati in tema di sequestro*, in *Dir. pen. cont.*, ottobre 2016.

VIMERCATI, *L'applicabilità della scriminante del diritto di cronaca a reati commessi prima (e in funzione) della pubblicazione di una notizia*, in *Medialaws(web)*, 20 novembre 2019.
VINCENTI, *Diritti e dignità umana e D. von Der Pfordten, Considerazioni sul concetto di dignità umana*, in V. MARZOCCO (a cura di), *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, Torino, 2018.
VINCIGUERRA, *I codici sardo-piemontesi del 1839 e del 1859*, in *I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Studi coordinati da S. VINCIGUERRA, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale,* raccolti da S. VINCIGUERRA, Padova, 1993.
VINCIGUERRA, *Una tecnica giuridica raffinata al servizio dell'assolutismo regio: le "Leggi penali" delle Due Sicilie*, in *Codice per lo Regno delle due Sicilie (1819). Casi, fonti e studi per il diritto penale*, Padova, 1996, VII.
VISCONTI A., *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2019.
VISCONTI C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008.
VISCONTI C., *Il legislatore azzeccagarbugli: le "modifiche in materi di reati di opinione" introdotti dalla L. 24 febbraio 2006, n. 85,* in *Foro.it*., V-11, 2006.
VISCONTI C., *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in Ius17@unibo.it, 2008.
VITALI, *Vilipendio della religione dello Stato*, Padova, 1964.
VIVES ANTÒN, *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*, *in Estudios Penales y Criminológicos*, XXV, 2005.
WIEVIORKA, *Lo spazio del razzismo*, Milano, Il Saggiatore, 1993.
ZACCARIA, *Il dissenso politico ideologico alla luce dei principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2016.
ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool, in Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.
ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.
ZAGREBELSKY, *Il rifiuto dell'ingiustizia come fondamento minimo*, in AA.VV., *Lezioni su Bobbio*, Torino, 2006.
ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità costituzionale della legge 3 febbraio 1963 n. 69*, in *Giur. cost.*, 1968.
ZENO ZENCOVICH, *Il concetto di "media" nel XXI secolo, in Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, in SICA-ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2019.
ZICCARDI, *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Milano, 2016.
ZIMBARDO, *Effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, M. Botto (trad. it.), Milano, 2008.
ZIRULIA, *"La Tav va sabotata": Erri De Luca assolto dall'accusa di istigazione a delinquere*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 8 febbraio 2016.
ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966.
ZUCCOLI BERGOMI, *Diritto di cronaca e diffamazione: orientamenti e criteri*, in *Il merito*, 2008.
ZUFFADA, *Giornalismo d'inchiesta e diritto penale: la Corte di Cassazione apre le porte alla configurabilità della scriminante del diritto di cronaca rispetto al reato di ricettazione commesso dal giornalista*, in *Sist. pen.,* 19 marzo 2020.