

La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso

di Marco Pelissero

In questo contributo, l'Autore mette in evidenza come – al di là delle declamazioni di principio – l'art. 21 Cost. e la tutela che esso offre alla libertà di espressione possa essere messo seriamente in discussione dallo strumento penale; l'Autore constata, anzitutto, come la categoria dei reati di opinione attinga a criteri valutativi pregiudiziali, tanto nella definizione dei suoi confini, quanto nella sua pratica applicazione; l'Autore registra poi – come un dato di fatto – la sostanziale continuità riscontrabile tra l'assetto ereditato dal regime fascista e norme sul controllo penale del dissenso vigenti in epoca repubblicana. L'Autore passa poi in rassegna una serie di fattispecie che, tuttora, criminalizzano la manifestazione di pensieri “scomodi”, interrogandosi – per ciascuna – se esse si fondino su una necessità costituzionale di repressione penale o se, viceversa, si possa rinunciare in una democrazia matura - almeno per alcune incriminazioni - allo strumento penale .

1. Reati di opinione e libertà di espressione: un tradizionale confine incerto

Da sempre la riflessione sui reati di opinione è percorsa da una tensione irrisolta tra libertà di espressione e limiti dell'intervento penale che si è riflessa sulla incertezza dell'ambito dei reati interessati e sull'ampiezza della garanzia costituzionale dell'art. 21 Cost.

Ad essere incerta è, anzitutto, la stessa definizione dei reati di opinione¹, più o meno ampia a seconda che, sulla base di criteri valutativi pregiudiziali, si voglia ampliare o ridurre la copertura dell'art. 21 Cost.: lo ha ben esplicitato l'indirizzo interpretativo giurisprudenziale che partiva dal presupposto che istigazione,

apologia e propaganda non costituissero forme di manifestazione del pensiero, ma fossero condotte dirette a suscitare condotte altrui e in quanto tali non coperte dalla garanzia costituzionale (teoria dei cd limiti logici alla libertà di manifestazione del pensiero)²: con particolare riferimento all'art. 272 cp, la Corte costituzionale affermò che «la propaganda non si identifica perfettamente con la manifestazione del pensiero; essa è indubbiamente manifestazione, ma non di un pensiero puro ed astratto, quale può essere quello scientifico, didattico, artistico o religioso, che tende a far sorgere una conoscenza oppure a sollecitare un sentimento in altre persone. Nella propaganda, la manifestazione è rivolta e strettamente collegata al raggiungimento di uno scopo diverso, che la qualifica e la pone su un altro piano»³. Per questa via, però,

1. Sulla indeterminatezza di questa classe di reati v. A. Spina, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc.pen.*, 2007, 697 ss.

2. S. Foix, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 113.

3. Corte cost., sent. 6 luglio 1966, n. 87. Su tale fattispecie v. ampiamente E. Gallo, E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 89 ss.

si legittimava il pensiero statico, limitato alla diffusione speculativa di un pensiero, e si escludeva dalla garanzia costituzionale il *pensiero dinamico*, rivolto a trasmettere un pensiero con l'obiettivo di sollecitare riflessioni ed azioni, ossia proprio le forme di espressione del pensiero politico. Si trattava di un approccio fortemente conservatore dell'impianto di tutela penale ereditato dal codice Rocco ed incapace di garantire forza espansiva alle garanzie costituzionali⁴.

Il secondo profilo di incertezza investe la stessa ampiezza della copertura costituzionale dell'art. 21 Cost.: inizialmente svilita dalla interpretazione in chiave di norma meramente programmatica⁵, né è stato successivamente riconosciuto il carattere immediatamente precettivo, anche se la sua capacità di incidere sul tessuto normativo esistente è stata filtrata attraverso l'argomento del bilanciamento della libertà di espressione con la tutela di altri interessi a rilevanza costituzionale. Questa tecnica argomentativa, sebbene sia imprescindibile in un sistema costituzionale che riconosce una pluralità di interessi e di sfere di libertà da tutelare, ha finito per limitare la libertà di manifestazione del pensiero, specie laddove il richiamo al bilanciamento degli interessi contrapposti ha visto il prevalere di questi sulla base del solo argomento della rilevanza costituzionale del bene⁶.

Così, vuoi attraverso la teoria dei limiti logici, vuoi attraverso il riconoscimento della natura meramente programmatica dell'art. 21 Cost., vuoi infine attraverso il bilanciamento degli interessi, la giurisprudenza ha confermato in buona parte l'assetto di tutela ereditato dal regime fascista, che a sua volta aveva sfruttato e potenziato i germi liberticidi della precedente legislazione "liberale"; così, forte di questa legittimazione, il legislatore non ha esitato ad ampliare il novero dei reati di opinione.

Ora, proprio partendo dall'assenza di una definizione normativa di reati di opinione e considerando che si tratta di analizzare il rapporto intercorrente tra libertà di manifestazione del pensiero e limiti del controllo penale, di questi reati deve essere data una definizione ampia, comprensiva di tutte le fattispecie che si sostanziano nella manifestazione di un pensiero, comprendendo, pertanto, i reati di opinione poli-

tici, inclusi nel codice penale (delitti di apologia, istigazione, vilipendio e propaganda) e nella legislazione complementare (l. 20 luglio 1952, n. 645); i reati contro le confessioni religiose; l'apologia di genocidio; le fattispecie in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa; anche i delitti di ingiuria e diffamazione, perché anche questi consistono nella manifestazione di un pensiero⁷. Si aggiunga, poi, che in Parlamento si discute dell'introduzione di altri reati che entrano in frizione con la libertà di manifestazione del pensiero nell'ambito delle disposizioni di contrasto all'omofobia e di repressione del negazionismo.

Ora, se consideriamo anche in modo sommario le fattispecie riportabili al genere "reati di opinione", noteremo una profonda diversità dei profili che le stesse coinvolgono e dei limiti di legittimazione della tutela penale. Il tema dei reati di opinione va, pertanto, affrontato non in modo unitario, ma declinandolo in relazione agli ambiti specifici nei quali si esercita il controllo penale sulla manifestazione del pensiero.

2. Alcune direttrici di riflessione

Prima di sviluppare alcune considerazioni in merito ai singoli ambiti di tutela, è opportuno premettere alcune direttrici emerse nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, essenziali a mio avviso per definire i limiti di legittimazione dell'intervento penale.

a) Anzitutto, come anticipato, il principio del bilanciamento degli interessi è stato spesso utilizzato dalla Corte costituzionale per giustificare la compressione della libertà di espressione, affiancando al limite del buon costume «altri limiti – impliciti – dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, che siano parimenti garantiti dalla Costituzione»⁸, di guisa che, individuata la copertura costituzionale, anche implicita, di un interesse, questa gioca in chiave limitativa della fondamentale libertà di espressione. È stato facile, per questa via, offrire una legittimazione costituzionale ai reati di opinione presenti nel codice Rocco, eccezion fatta per il delitto di propaganda ed apologia antinazionale (art. 272, comma 2 cp), difficilmente difendibile in quanto, tutelando soltanto un sentimento⁹, era pri-

4. Critico su tale orientamento C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 125.

5. Cass., Sez. un., 15 aprile 1950, in *Giust. pen.*, 1950, II, 497.

6. D. Pulitanò, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giustizia*, 1970, 191.

7. Per una definizione ampia v. C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 127 in critica A. Spena, *op. cit.*, 694 che limita la definizione ai reati offensivi di «valori morali sovra-individuali».

8. Corte cost., 30 gennaio 1974, n. 20 (sent.) nello stesso senso v. sentenze nn. 19 del 1962; 25 del 1965; 87 e 100 del 1966; 199 del 1972; 15, 16 e 133 del 1973.

vo di un bene giuridico bilanciabile con la libertà di manifestazione del pensiero. Se, tuttavia, basta la rilevanza costituzionale di un bene per giustificare la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, la compressione dell'art. 21 Cost. diventa consistente, considerata la facilità con la quale è possibile garantire copertura costituzionale – anche implicita – ad un bene meritevole di tutela.

Il bilanciamento richiede, invece, di valutare l'importanza del bene la cui tutela entra in conflitto con la libertà di espressione, che può essere limitata solo se la prima è preminente⁹, come evidenzia anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione dell'art. 10 Cedu¹¹. Nella ponderazione tra i beni difficilmente potranno essere adottati argomenti decisivi a favore della prevalenza dell'uno piuttosto che dell'altro bene, perché il giudizio finisce inevitabilmente per essere condizionato dal *contesto politico-sociale* nel quale i beni si inseriscono: ciò significa che la legittimità dell'intervento penale non è definibile in termini netti, ma si gioca sul terreno più sfumato del *giudizio di plausibilità*, in un contesto nel quale l'opzione penale non può dirsi *necessaria*, a meno che non sussistano obblighi di incriminazione, ma solo più o meno *opportuna*¹². In questo contesto, non possono non essere considerati due elementi che, come vedremo, assumono valore centrale nella riflessione sul raffronto tra i beni in conflitto: la centralità della libertà di espressione in un ordinamento democratico¹³ e le dinamiche di una società pluralista¹⁴.

Questa riflessione rende inevitabilmente incerta e profondamente condizionata dalle opzioni politiche dell'interprete l'individuazione dei limiti penali alla libertà di manifestazione del pensiero.

b) Attraverso l'argomento del bilanciamento degli interessi, la giurisprudenza ha valorizzato l'interpretazione in chiave di reati di pericolo concreto di alcune fattispecie al fine di renderle compatibili con l'art. 21 Cost.¹⁵: la nota presa di posizione della Corte costituzionale sull'apologia di delitto nella sent. n. 65/1970; l'arricchimento del fatto tipico nell'istigazione a delinquere attraverso l'elemento della concreta idoneità a sollecitare la commissione di reati¹⁶; la limitazione dei delitti di apologia di fascismo e di manifestazioni fasciste (l. n. 645/1952) ai soli fatti che siano in concreti idonei alla ricostituzione del partito fascista, così da garantire a queste fattispecie la copertura costituzionale della XII disp. trans. e fin. Cost.¹⁷.

Orbene, questa conversione, per via interpretativa, di fattispecie di pericolo astratto in reati di pericolo concreto si espone ai rilievi critici di chi dubita che in questi ambiti il pericolo concreto possa fungere da argine all'espansione del controllo penale¹⁸: la funzione selettiva di tale elemento è fittizia se non ha ad oggetto eventi specifici, che mancano nell'istigazione a delinquere e nell'apologia di delitto (che presentano come unico elemento di delimitazione del fatto il requisito della pubblicità, tra l'altro definito in termini ampi nell'art. 266 cp) e nei delitti di apologia di fascismo e manifestazioni fasciste nelle quali il secondo termine della

9. Corte cost. 6 luglio 1966, n. 87 (sent.).

10. C. Fiore, *op. cit.*, 89. Sul giudizio di bilanciamento v. ampiamente A. Tesaurò, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2006, 30 ss.

11. Su questa giurisprudenza v. A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 453 ss.

12. Su tale prospettiva v., anche per il rinvio alla dottrina costituzionalistica, C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 78 ss.

13. D. Pulitanò, *Libertà di pensiero*, cit., 188.

14. F. Bracco, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. cost.*, 2013, 823 ss.

15. Su tali orientamenti v. D. Pulitanò, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, 242 ss.; M. Pelissero, *Delitti di opinione, in Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, Torino, 2010, 97 ss.

16. L. Alesiani, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006, 194 ss.

17. D. Notaro, *Fascismo*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo e C.E. Paliero, Padova, 2007, 1329 ss.

18. G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, 183 ss.; C. Visconti, *op. cit.*, 26 ss.

relazione di pericolo è costituito dal macro-evento della ricostituzione del partito fascista¹⁹.

c) Se disponessimo i reati di opinione su una scala che misurasse il grado crescente di personalizzazione dell'interesse tutelato, potremmo collocare all'inizio i reati di vilipendio ed al fondo i delitti di ingiuria e diffamazione.

L'offesa agli interessi individuali è massima nei delitti di ingiuria e diffamazione e trova nell'art. 2 Cost. un fondamento che si è consolidato attraverso una copiosa giurisprudenza che ha definito, soprattutto in relazione al delitto di diffamazione, i limiti di esercizio dei diritti di cronaca, critica e satira²⁰. Più recentemente, però, anche queste fattispecie sono state interessate dalla prospettiva della depenalizzazione in favore di modelli di tutela privatizzati²¹, da ultimo abbozzati, in modo incerto e confuso in relazione all'ingiuria, nella legge delega n. 67/2014.

All'altro capo di questa ipotetica scala dovremmo invece collocare i delitti di vilipendio, passati indenni dal codice Zanardelli al codice Rocco²² e convalidati nel 2006 dal legislatore repubblicano che, farsaicamente, ne ha mantenuto l'impianto di tutela, depotenziando la risposta sanzionatoria: in queste fattispecie la tutela è depersonalizzata (salvo l'antropomorfo riferimento alla personalità dello Stato nel titolo I del libro II del codice penale), perché è rivolta al prestigio delle istituzioni, sia quando l'espressione di spregio e disprezzo è diretta contro l'istituzione in sé, sia quando ne investe il concreto operare. È sulla permanenza di queste fattispecie nel sistema penale che più forte si è levata la critica della dottrina a partire dagli anni Settanta del secolo scorso²³, non a caso in un periodo di forti contestazioni sociali nel quale i reati di vilipendio sono stati strumento di controllo penale di quelle espressioni di dissenso politico che si esprimevano in forme tanto più estreme, quanto

meno pericolose per l'attività delle istituzioni, se è vero che i reati di vilipendio dovrebbero giustificarsi – così afferma la Corte costituzionale affinché «non resti pregiudicato l'espletamento dei compiti» affidati alle stesse istituzioni²⁴.

Da questo confronto emerge che la limitazione della libertà di manifestazione del pensiero è tanto più giustificabile quanto più è finalizzata alla tutela di interessi individuali della personalità; quanto più, invece, la libertà di espressione entra in conflitto con la tutela di valori, istituzioni, tanto più la sua legittimazione si indebolisce alla luce dei principi di ragionevolezza, proporzione e sussidiarietà dell'intervento penale²⁵.

Ora, alla luce di queste riflessioni generali, è possibile prendere in considerazione le diverse tipologie di reati di opinione al fine di verificare possibilità e limiti del controllo penale.

3. Reati politici di opinione

I reati politici di opinione costituiscono il settore tradizionale di riflessione sui limiti della libertà di manifestazione del pensiero, perché è rispetto alla tutela degli interessi politici dello Stato che l'anticipazione della tutela è giunta a criminalizzare anche le forme di contestazione verbale all'ordine costituito, nella logica del *crimen lesae maiestatis*. La loro presenza in un sistema segna, dunque, il limite estremo di criminalizzazione del dissenso delle minoranze rispetto al potere costituito ed il codice Rocco prevedeva un ampio numero di fattispecie funzionali a questo scopo, distribuite tra i delitti contro la personalità dello Stato (artt. 266, 272, 290, 291, 292, 293, 302, 303 cp) e contro l'ordine pubblico (art. 414 e 415 cp)²⁶.

19. Sulla diversa efficacia selettiva del pericolo concreto nei reati politici, v. M. Pelissero, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 550 ss.

20. A. Gullo, *Delitti contro l'onore*, in *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di F. Viganò e C. Piergallini, Torino, 2011, 160 ss.

21. A. Gullo, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, 121 ss.

22. «Le variazioni che si riscontrano, a questo riguardo, nel passaggio dalla prima monarchia costituzionale all'ordinamento liberale maturo e da questo allo Stato "totalitario" fascista, sono, tutto sommato essenzialmente quantitative»: C. Fiore, *op. cit.*, 43. Sui reati di opinione nella legislazione liberale di fine Ottocento, v. M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 1972, 607 ss.; F. Colao, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento: da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato"*, Milano, 1986, *passim*.

23. Per un quadro delle posizioni emerse v. L. Alesiani, *op. cit.*, 159 ss. e 279 ss.

24. Corte cost., 30 gennaio 1974, n. 20 (sent.).

25. Sulla esclusione della tutela penale dei valori sovra-individuali v. A. Spena, *op. cit.*, 713 ss.

Nell'ordinamento costituzionale la libertà di manifestazione del pensiero riveste il ruolo di fondamento della democrazia²⁷ ed in quanto tale dovrebbe essere valorizzata soprattutto in ambito politico (da qualcuno considerata materia privilegiata ove l'art. 21 Cost. dovrebbe avere massima capacità espansiva²⁸), quale strumento a tutela delle minoranze, anche le più estreme, sino a che dalle parole non si passi ai fatti²⁹. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo afferma che la libertà di espressione «vale non solo per le informazioni o idee accolte con favore o considerate inoffensive o indifferenti ma anche per quelle che offendono, indignano o turbano lo Stato o una qualsiasi parte della popolazione. Così vogliono il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura, senza i quali non vi è società democratica»³⁰. Non di meno, persistono nel nostro sistema penale molti reati di opinione, legittimati, come innanzi si accennava, dalla giurisprudenza sostanzialmente conservatrice della Corte costituzionale, quasi che il diritto penale politico rimanga impermeabile al contesto istituzionale che lo produce e possa essere utilizzato allo stesso modo sia dal regime che aveva conculcato la libertà di espressione sia dall'ordinamento democratico che l'ha valorizzata sul piano costituzionale³¹. Un'operazione di riconversione delle norme del codice Rocco che evidenzia sia l'atteggiamento conservatore della Corte costituzionale sia un'impostazione sostanziale di fondo tipica di una democrazia protetta³².

Se questa libertà costituisce perno della democrazia, la permanenza dei delitti di vilipendio, pur nella forma depotenziata uscita dalla riforma del 2006, appare poco plausibile: così riscritti assumono la funzione di cippo a memoria dell'intransigenza della legislazione pregressa e segnalano che il legislatore è restio ad ampliare la sfera di libertà

dell'art. 21 Cost. Il prestigio delle istituzioni non si difende con lo strumento penale, ma attraverso il loro concreto operare, in una logica dialettica che deve accettare anche le critiche più dure. L'argomento, spesso ricorrente, secondo cui il vilipendio, consistendo in una manifestazione di disprezzo, non è critica, sottende la legittimazione della sola critica elitaria, riportando sotto il controllo penale le forme espressive di un pensiero più dirette e grossolane, ma, a ben vedere, anche meno pericolose per le istituzioni rispetto ad una critica ben argomentata. I reati di vilipendio finiscono così per diventare strumento di controllo del dissenso, strumento tanto più pericoloso perché l'incerta linea di confine con la libertà di manifestazione del pensiero è rimessa al potere discrezionale del giudice³³. Così la giustizia penale si trasforma «in garante politico dell'esecutivo»³⁴.

Allo stesso modo, vanno abrogati i delitti di istigazione a disobbedire alle leggi ovvero all'odio fra le classi sociali (art. 415 cp), inutile retaggio – anche nella rilettura giurisprudenziale³⁵ – dell'impostazione liberticida del codice Rocco; ugualmente non si giustificano né l'ampiezza dell'istigazione dei militari a disobbedire alle leggi (art. 266 cp) né la presenza del delitto di apologia di delitto (art. 414, comma 3 cp), come condotta distinta dall'istigazione, da quando la Corte costituzionale con la sent. n. 65/1970 l'ha trasformata in istigazione indiretta. Risultano, pertanto, ingiustificate sia la circostanza ad effetto speciale, applicabile quando l'apologia riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità (art. 414, ultimo comma, cp introdotto dal d.l. n. 144/2005 conv. in l. n. 155/2005), sia la nuova fattispecie autonoma di pubblica apologia di pratiche di pedofilia e pedopornografia (art. 414-bis, comma 2 cp, inserito dalla l. n. 172/2012): l'ampliamento dei delitti di apologia risponde ad una pura logica

26. Sull'impostazione del codice Rocco v. M. Pelissero, *Reato politico*, cit., 2000, 112 ss.

27. P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 12.

28. S. Fois, *op. cit.*, 37 ss.

29. S. Fois, *op. cit.*, 167; C. Fiore, *op. cit.*, 103.

30. Corte europea dir. uomo, 23 settembre 1998, ric. n. 24662/94, *Lehideux et Isorni c. Francia*.

31. C. Fiore, *op. cit.*, 92.

32. C. Fiore, *op. cit.*, 163.

33. D. Pulitanò, *Libertà di pensiero*, cit., 196.

34. C. Fiore, *op. cit.*, 61.

35. Su tale sviluppo v. M. Pelissero, *Delitti di opinione*, *op. cit.*, 103 ss.

simbolica di adempimento ad obblighi di incriminazione di fonte sovranazionale, che sarebbero stati adeguatamente soddisfatti anche dalle fattispecie di istigazione.

Diventa, invece, più delicato definire i margini di rilevanza penale dell'istigazione a delinquere, tradizionalmente utilizzata come strumento di controllo del dissenso politico. Se va condivisa la giurisprudenza quando ne delimita l'ambito di applicazione richiedendo un pericolo immediato e concreto di commissione di reati, è anche vero che in questo ambito il pericolo concreto mostra scarse capacità selettive, rimesse al potere discrezionale del giudice, lasciato privo di criteri direttivi controllabili e facilmente condizionabile dal contesto politico-sociale. Appare, pertanto, fondata la posizione di chi ha proposto di tipizzare gli elementi di pericolosità dell'istigazione per delinquere già a livello di fatto tipico, attraverso l'elemento di unità contesto-temporale dell'istigazione pubblica a commettere immediatamente una o più fattispecie da individuare attraverso una selezione legislativa³⁶.

A questo proposito, del tutto condivisibile è la sentenza assolutoria per insussistenza del fatto pronunciata dal Tribunale di Torino nel processo ad Erri De Luca per il delitto di cui all'art. 414 cp, per aver istigato, in una intervista ad un giornale web, la commissione di reati nel territorio della Val Susa nell'ambito delle proteste contro la costruzione della TAV³⁷: a mio avviso, quella contestazione era difficilmente giustificabile proprio alla luce della interpretazione della fattispecie di istigazione in conformità al principio di necessaria offensività, che – seguendo la lettura data dalla Corte costituzionale nella sent. n. 65/1970 – richiede l'accertamento del pericolo di immediata e concreta commissione di reati, e rischiava inevitabilmente di essere esposta a valutazioni politiche sia da parte dell'autorità giudiziaria sia da parte di chi ne contesta le decisioni.

Quanto ai reati di apologia di fascismo e manifestazioni fasciste, l'orientamento interpretativo, espresso anche in giurisprudenza, secondo il quale queste fattispecie sono applicabili solo qualora i fatti in esse descritti si presentano in concreto idonei a ricostituire il partito fascista, si espone a due esiti divergenti: l'incertezza del giudizio prognostico del giudice ovvero la disapplicazione della fattispecie,

perché, a prendere sul serio l'elemento del pericolo concreto, ben difficilmente un'apologia o una manifestazione saranno idonee a raggiungere l'obiettivo e, se proprio lo fossero, troverebbe applicazione la fattispecie più grave di cui all'art. 2, l. 645/1952³⁸.

Se questi sono gli esiti applicativi a cui vanno incontro queste fattispecie, c'è allora da chiedersi se oggi abbia ancora senso mantenerle o se non si debba pensare alla loro abrogazione, lasciando solo il reato di ricostituzione del partito fascista. La risposta all'interrogativo è fortemente condizionata dalla sensibilità politica in un determinato momento storico: poiché la l. n. 645/1952 nasce come affermazione anche simbolica dei valori sui quali si fonda il nostro ordinamento costituzionale in rottura con il regime fascista, l'abrogazione delle norme penali potrebbe apparire una retrocessione sul fronte della tutela di quei valori; mi chiedo, invece, se oggi, nel mutato clima politico e sociale, ben lontano da quello immediatamente successivo alla nascita della Repubblica italiana nel quale maturò quella legge, alla scelta abrogativa non possa essere data una lettura diversa proprio nella direzione della consapevolezza della solidità acquisita dal nuovo assetto democratico che, per difendere i propri valori, non ha bisogno di forme così anticipate di tutela penale che sono comunque o incerte o di impossibile applicazione.

4. Fattispecie a tutela delle confessioni religiose tra sfere di interessi individuali e pubblicizzazione di interessi istituzionali

Altro settore nel quale la tensione tra diritto penale e libertà di manifestazione del pensiero si è fatta sentire in modo particolarmente forte è quella dei delitti contro le confessioni religiose, come oggi rubrica il titolo IV del libro secondo del codice penale a seguito della riforma della l. 24 febbraio 2006, n. 85.

La Corte costituzionale aveva legittimato la tutela penale attraverso una lettura in termini personalistici di norme che, nell'impostazione originaria nata nel clima dei Patti Lateranensi, erano incentrate sul profilo istituzionale della tutela della

36. G. De Vero, *op. cit.*, 215. Andrebbe anche delimitata la nozione di pubblicità, escludendo l'ipotesi descritta all'art. 266, comma 4, n. 3 cp.

37. Trib. Torino, 19 ottobre 2015 (non sono ancora state depositate le motivazioni). Il capo di imputazione è riportato in E. De Luca, *La parola contraria*, Milano, 2015, 50.

38. Sulla questione v. D. Notaro, *op. cit.*, 1332 ss.

“religione di Stato” e dei “culti ammessi”. Il capo primo del richiamato titolo IV era stato riletto attraverso un tormentato percorso giurisprudenziale in chiave di tutela del sentimento religioso, pervenendo così alla definitiva dichiarazione di incostituzionalità del delitto di vilipendio³⁹. La l. 24 gennaio 2006, n. 85 ha invece nuovamente valorizzato la tutela penale della religione come valore di civiltà nella misura in cui l’esperienza religiosa si struttura in istituzione (gli artt. 403 e 404 cp richiedono come evento finale l’offesa ad una “confessione religiosa”), per quanto mediata dal vilipendio di persone o cose o dal danneggiamento di cose (eventi strumentali) che consente di dare rilevanza comunque all’aggressione anche alla sfera dei diritti individuali⁴⁰. Ora, sebbene la tutela del fenomeno religioso sotto il profilo istituzionale presenti una copertura costituzionale (artt. 7, 8 e 19) e sebbene il principio di laicità non costituisca un ostacolo a tale tutela (tale principio «implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»⁴¹), non di meno il ricorso allo strumento penale solleva fondate perplessità in una fase storica nella quale il fattore religioso ha assunto, nei nuovi assetti geo-politici, una dimensione fortemente identitaria, spesso strumentalizzata a fini politici. Anche la proposta di strutturare le fattispecie in modo da dare rilevanza solo ai fatti idonei a turbare l’ordine pubblico (come nel § 166 del codice penale tedesco)⁴², rischierebbe di introdurre un elemento pericolosamente selettivo, specie nell’attuale contesto politico-sociale. Non mi sembra pertanto che lo strumento penale costituisca lo strumento più adeguato a garantire la libertà di religione in un regime di pluralismo confessionale, perché finirebbe per esacerbare le contrapposizioni ideologiche, portandole nelle aule di tribunale⁴³.

5. Le disposizioni contro la discriminazione razziale, etnica e religiosa ed il dibattito sulla loro estensione alla discriminazione omofobica

Sin dalla approvazione della legge Reale (l. 13 ottobre 1975, n. 654) e poi con l’approvazione della legge Mancino (dl 26 aprile 1993, n. 122 conv. in l. 25 giugno 1993, n. 205) ed infine ancora in sede di discussione del marginale intervento operato dalla l. n. 85/2006, la presenza di disposizioni penali contro la discriminazione razziale è stata ampiamente dibattuta⁴⁴. C’è chi ne contesta l’utilizzo, in forza dei principi di sussidiarietà ed efficacia della tutela penale, sul presupposto che la strategia antidiscriminazione, assolutamente indispensabile tanto più in un paese sempre più multiculturale, vada affrontata non sul terreno della repressione penale, ma su quello della prevenzione attraverso l’educazione alla legalità, contrapponendo in termini dialogici al pensiero discriminatorio il principio dell’accoglienza e del confronto con l’altro. C’è chi, invece, considera legittime forme specifiche di tutela penale contro la propaganda delle idee fondate sulla superiorità razziale ed etnica e contro condotte discriminatorie, in quanto si tratta di fatti offensivi della dignità umana in relazione a profili fondamentali della persona, non modificabili (razza, appartenenza etnica) o espressivi di una profonda dimensione personale (credo religioso); tale dignità troverebbe uno specifico aggancio agli artt. 2 e 3 Cost. Ora, lasciando da parte i vincoli sovranazionali per quanto riguarda le disposizioni contro il razzismo, il secondo orientamento favorevole all’intervento penale trova fondamento nella personalizzazione dell’interesse tutelato: non si tratta di tutelare valori astratti, ma elementi specifici che ineriscono ad ogni essere umano e che ne definiscono l’essenza.

Entro questa cornice va collocata la discussione sulla estensione della disciplina del 1975 e del 1993

39. Corte cost., 13 novembre 2000, n. 508 (sent.).

40. Su tale riforma v. M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1198 ss.; P. Siracusano, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstita tutela penale del fatto religioso nell’ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 629 ss.

41. Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203.

42. M. Romano, *Principio di laicità dello Stato, religioni e norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 495 ss.

43. Critici su tale intervento D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano, 2007, 283 ss.; N. Colaianni, *Diritto di satira e libertà di religione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 615 ss.; P. Siracusano, *op. cit.*, 637; C. Visconti, *op. cit.*, 214; si esprimono, invece, a favore della plausibilità dell’intervento penale M. Romano, *op. cit.*; F. Sgubbi, *Religione diritto penale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, *op. cit.*, 208.

44. Per una recente ricostruzione del dibattito v. C. Visconti, *op. cit.*, 139 ss.

alle condotte discriminatorie fondate su ragioni di orientamento sessuale⁴⁵. Va premesso che in sede parlamentare non è in discussione l'estensione della fattispecie di propaganda delle idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico (norma che pone i maggiori problemi di compatibilità con l'art. 21 Cost., ma che è imposta da Convenzioni internazionali), bensì esclusivamente delle fattispecie che puniscono i fatti commessi per motivazioni di discriminazione religiosa (si tratta dei delitti che puniscono la commissione di atti di discriminazione e l'istigazione a commetterli, l'istigazione alla violenza e la commissione di atti di violenza con motivazione discriminatoria; l'aggravante della discriminazione prevista dalla l. n. 122/1993). Non essendo in questione l'estensione della fattispecie di propaganda, il punto più delicato nel rapporto tra controllo penale e libertà di manifestazione del pensiero va limitato alla fattispecie di istigazione a commettere atti di discriminazione.

A mio avviso, la questione va affrontata seguendo una delle due alternative: la prima è quella più drastica che, sul presupposto della inefficacia del diritto penale a contrastare la discriminazione, conduce ad abbandonare ogni forma di tutela penale contro gli atti che hanno alla base una motivazione discriminatoria, indipendentemente dal motivo che ne sta alla base (razza, etnia o altro); l'altra è quella favorevole ad estendere le norme penali sulla discriminazione religiosa anche a quelle fondate sull'orientamento sessuale della vittima, in quanto la discriminazione è in tal caso lesiva della dignità dell'essere umano, essendo l'identità e l'orientamento sessuale profili inerenti alla personalità individuale, non modificabili. Una soluzione diversa, volta cioè a mantenere l'attuale disciplina penale a tutela dei profili discriminatori fondati su ragioni razziali, etniche, nazionali o religiose, ma contraria ad estenderla alla discriminazione fondata sull'orientamento o sulla identità sessuale della vittima, sarebbe poco plausibile. In senso contrario non varrebbe addurre che l'omofobia si combatte in via preventiva sul piano educativo piuttosto che con l'arma del diritto penale: tale argomento, infatti, o lo si adduce – molto più razionalmente – a sostegno dell'opzione abolizionista rispetto a tutte le condotte a contenuto discriminatorio o non lo si può addurre solo per contrastare l'estensione delle fattispecie penale rispetto alle discriminazioni a base omofobica. Se si vuole percorrere la via della contrazione dei re-

ati di opinione, la prima soluzione appare quella consequenziale; la seconda, invece, si muove sul terreno della plausibilità delle scelte di politica criminale in un contesto che all'opzione penale deve comunque affiancare gli strumenti preventivi sul piano educativo per contrastare le motivazioni che sono alla base della discriminazione.

6. Apologia di genocidio e la questione della incriminazione del negazionismo

Se la plausibilità del controllo penale rispetto alle condotte discriminatorie trova fondamento nell'offesa degli interessi individuali delle persone offese, la riflessione si fa ancor più delicata rispetto alla discussione sulla incriminazione del negazionismo.

Anzitutto, il nostro ordinamento non è del tutto privo di strumenti penali di controllo: in concreto la manifestazione del pensiero negazionista potrebbe integrare gli estremi della propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale (art. 1, lett. a, l. n. 654/1975) ovvero dell'apologia di genocidio (art. 8 l. 8 ottobre 1967, n. 962), che va però interpretata nei termini indicati dalla Corte costituzionale in relazione all'apologia di delitto (sent. 65/1970): a quest'ultimo riguardo, essendo pertanto, necessario che l'esaltazione del genocidio o dei suoi autori risulti in concreto idonea a determinare la commissione di atti di genocidio, risulta drasticamente limitata la possibilità di applicare questa fattispecie, marginalizzata a norma puramente simbolica.

Ora, la criminalizzazione della manifestazione del pensiero negazionista, intendendo per tale il fatto di negare la verità di fatti storicamente accertati di negazionismo, presenta maggiori criticità rispetto alle scelte di politica criminale in tema di atti discriminatori. Non è possibile, nei limiti di una riflessione generale sui reati di opinione analizzare gli argomenti favorevoli o contrari espressi nel dibattito internazionale se non rinviando alla letteratura che, anche in Italia, ne ha pregevolmente dato conto⁴⁶. Mi limiterò a considerare la plausibilità dell'intervento penale alla luce del criterio qui seguito sui limiti di legittimità dei reati di opinione nel nostro ordinamento.

Quanto al principio del bilanciamento degli interessi, le posizioni assunte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dagli organi di giustizia costitu-

45. Sulla questione v. i contributi di A. Pugiotto, M. Pelissero, L. Imarisio, L. Goisis, M. Caielli, L. Morassutto in *Opportunità e limiti di un intervento penale in materia di omo-transfobia*, in *GenIUS*, 2015, n. 1, 1.ss., nonché E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 7 ss.

46. Per un ampio quadro delle posizioni emerse nel dibattito, non solo penalistico, si rinvia a E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, *passim*; C. Visconti, *op. cit.*, 217 ss.

zionale ai quali, nei Paesi che prevedono il reato di negazionismo, è stata posta la questione della compatibilità con la libertà di manifestazione del pensiero, evidenziano posizioni diverse che dipendono dalla stessa struttura della fattispecie di negazionismo: dalla condotta, che può consistere nel solo fatto di negare o anche di giustificare o minimizzare un genocidio storicamente avvenuto; dalla presenza della clausola di rilevanza dei soli fatti idonei a turbare l'ordine pubblico; dall'applicazione della fattispecie alla sola negazione del genocidio degli ebrei o di altri genocidi che la storia ha conosciuto (il genocidio degli armeni in Turchia nel 1915; durante la seconda guerra mondiale, accanto al più eclatante genocidio degli ebrei, si è consumato anche quello di rom, sinti e omosessuali, identificati nei campi di concentramento dalla diversità del colore del triangolo di identificazione). Al momento, la Corte europea dei diritti dell'uomo è attestata nel considerare proporzionata la limitazione della libertà di espressione solo se il delitto di negazionismo consiste nella negazione del fatto dell'Olocausto degli ebrei, in quanto si tratta di fatto storicamente accertato, tanto più attraverso l'autorità delle sentenze del Tribunale di Norimberga; laddove, invece, si tratta di altri casi di genocidio sui quali gli storici non sono giunti a conclusioni univoche, i giudici di Strasburgo lasciano ampio spazio alla libertà di espressione che va garantita, come ho innanzi evidenziato, anche di fronte al pensiero scomodo⁴⁷.

Proviamo, invece, a valutare la plausibilità dell'intervento penale alla luce della scala di legittimazione che tiene conto del grado di tutela degli interessi individuali: possiamo dire che la manifestazione del pensiero negazionista offenda interessi individuali e che, in quanto tale, giustifichi una compressione della libertà di espressione al pari dei delitti di ingiuria e diffamazione e degli atti di discriminazione rivolti a singoli? Potremmo argomentare che il negazionismo offende la dignità dei singoli che appartengono alla comunità vittima del genocidio, in quanto la negazione di fatti accertati offende la memoria storica e l'identità delle persone che al gruppo appartengono⁴⁸; mi sembra però che l'elemento di personalizzazione dell'offesa sia più sfumato, laddove l'affermazione sia rivolta all'inquadramento di un fatto storico come genocidio, rispetto agli atti di discriminazione che si rivolgono a singoli soggetti o a cerchie determinate

di persone. Allo stesso modo cercare di legittimare la presenza del reato di negazionismo limitandone la rilevanza ai soli fatti che turbano l'ordine pubblico (come nel codice penale tedesco: § 130), mi pare soluzione più di facciata che di sostanza, non solo per i dubbi che solleva l'accertamento del pericolo concreto rispetto ai reati di opinione, ma anche perché l'ordine pubblico ha sempre dato pessima prova di sé come strumento di selezione non arbitrario di condotte penalmente rilevanti⁴⁹.

A me pare, piuttosto, che il disvalore del negazionismo vada oltre l'offesa agli interessi individuali delle vittime dell'Olocausto (per rimanere a questa ipotesi di negazionismo): il disvalore di queste affermazioni sta nella negazione di quei valori che quegli eccidi di massa hanno calpestato, valori sulla cui riaffermazione la comunità internazionale si è fondata dopo le tragedie del secondo conflitto mondiale, sviluppando una forte sensibilità per la lotta contro il razzismo e l'antisemitismo. Il disvalore della condotta si rivolge, quindi, più che ad interessi individuali ad un bagaglio di valori che sono fondamento della comunità internazionale. Da questo punto di vista, la plausibilità dell'intervento penale a tutela di valori, per quanto condivisi ed imprescindibili, non sarebbe di per sé illegittima, ma si presenta molto debole e si rafforzano le obiezioni sollevata contro l'opzione penale, *in primis* quella che evidenzia il rischio di strumentalizzazione del diritto penale a tutela della verità storica. La storia non può essere cristallizzata nell'autorità di una sentenza passata in giudicato, ma va lasciata alla libera discussione degli storici. Se poi il fatto di negazionismo è incentrato sulla negazione in sé dei fatti dell'Olocausto, mi pare che l'infondatezza di questi argomenti destituisca di ogni credibilità le tesi negazioniste.

In termini differenti si muove, invece, il disegno di legge approvato il 13 ottobre 2015 con modificazioni alla Camera e ora trasmesso nuovamente al Senato (S. 54-B), che si limita a prevedere una circostanza aggravante ad effetto comune per i reati previsti dall'art. 3, commi 1, lett. a e b, e 3 l. 654/1975, «se la propaganda, la pubblica istigazione e il pubblico incitamento si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah ovvero dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della

47. V. di recente E. Somma, *Negazionismo e genocidio armeno. Libertà d'espressione e diritto alla menzogna secondo la Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015,

48. In tal senso v. da ultimo Corte eur. dir. uomo, Grande camera, sent. 15 ottobre 2015, Perinçek c. Svizzera, ric. n. 27510/08, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21.10.2015, con nota di M. Montanari, *Libertà di espressione e dignità delle vittime in un caso di negazionismo del genocidio armeno: si pronuncia la Grande camera della Corte edu*.

49. S. Moccia, *Ordine pubblico (disposizione a tutela del)*, in *Enc. dir.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.

Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232, tenendo conto dei fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale, ovvero da atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l'Italia è membro»⁵⁰: il negazionismo non integra un'autonoma fattispecie incriminatrice, ma costituisce modalità di estrinsecazione delle fattispecie già rilevanti ai sensi della legge del 1975, di cui dovranno essere accertati gli elementi costitutivi (tra l'altro le condotte di istigazione ed incitamento sono rilevanti solo se commesse pubblicamente, per quanto quest'ultimo elemento continui ad essere ancorato alla definizione generica di cui all'art. 266 cp). Ne consegue che l'intervento penale così strutturato presenta profili meno problematici rispetto alla garanzia dell'art. 21 Cost., sebbene desti perplessità legare la tipicità del fatto ai «fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale, ovvero da atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l'Italia è membro»: comprensibile la *ratio* di certezza da cui nasce la norma, inserita da ultimo nel testo approvato dalla Camera dei deputati, ma il rinvio alle sentenze passate in giudicato ripropone la tensione tra ricostruzione storica ed accertamento giudiziale (peraltro non è nemmeno chiaro se la norma si riferisca al mero accertamento del fatto – come parrebbe più plausibile – o anche alla sua qualificazione in termini di genocidio, crimine contro l'umanità o crimine di guerra).

7. La parola pericolosa e i rischi di un diritto penale pericoloso

Le considerazioni sviluppate innanzi depongono a favore di un intervento molto limitato del diritto penale laddove il fatto si incentri sulla manifestazione di un pensiero: la base è più solida laddove il fatto sia offensivo di interessi individuali; negli altri casi, l'opzione penale si misura in termini di plausibilità dell'intervento, da ponderare alla luce degli argomenti favorevoli o contrari alla sanzione penale che costituisce pur sempre lo strumento più duro ed intransigente di tutela e che, nei settori lambiti dalla libertà di espressione, assume una forte valenza simbolica di controllo autoritario dell'opinione dissenziente, incompatibile con un ordinamento democratico, tanto più permeato dalle dinamiche di una società pluralista.

La storia dei reati di opinione insegna che al di là del fatto, nel quale comunque si sostanzia la manifestazione di un pensiero, il diritto penale sembra guardare piuttosto al suo autore: la parola pericolosa, vuoi per l'assetto di potere costituito, vuoi per i valori nei quali la comunità si riconosce, diventa sintomatica di un autore pericoloso contro il quale si utilizza l'arma della sanzione penale. Il diritto penale del fatto tradisce quindi i tratti di un diritto penale d'autore. Visto da questa prospettiva, il diritto penale può diventare più pericoloso delle parole i cui rischi crede di neutralizzare.

50. Su questo disegno di legge, v. da ultimo M. Montanari, *La Camera approva con modificazioni il disegno di legge in materia di negazionismo*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.10.2015.