



UNIVERSITÀ DI PARMA

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PARMA

DOTTORATO DI RICERCA IN

“Scienze giuridiche”

CICLO XXXVIII

Proporzionalità dell'intervento penale e scelte sanzionatorie: il problema dei discorsi d'odio

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Fabio Salvatore Cassibba

Tutore:

Chiar.mo Prof. Francesco Mazzacuva

Dottoranda:

Giulia Pongolini

Anni Accademici 2022/2023 – 2024/2025

Indice

Introduzione	I
---------------------------	---

Capitolo I

Avvicendamento di paradigmi? Le teorie limitative del ricorso al diritto penale dal bene giuridico al principio di proporzionalità	1
1. Illuminismo e diritto penale: il concetto di dannosità sociale del reato e la concezione dell'illecito penale come violazione dei diritti soggettivi altrui.	3
2. Genesi della teoria del reato come offesa ad un bene giuridico.	12
2.1. La <i>Güterlehre</i> di Birnbaum e le sue interpretazioni critiche postume...	14
2.2. La consacrazione della teoria del reato come offesa di un bene giuridico con Binding.	16
3. Dal tecnicismo giuridico alla rinascita della teoria del bene giuridico nella stagione del Costituzionalismo del secondo dopoguerra.	21
3.1. (<i>Segue</i>) La teoria costituzionale del bene giuridico di Franco Bricola: contenuti e critiche.	23
4. Conclusioni parziali sui limiti della teoria del bene giuridico.	28
5. Il principio o i principi di proporzionalità? La dicotomia tra proporzionalità retrospettiva e prospettica.	31
6. Il principio di proporzionalità prospettica come paradigma del costituzionalismo globale e criterio guida delle scelte di incriminazione....	35
6.1. Evoluzione storica del principio di proporzionalità <i>forward-looking</i> : dal <i>Polizeirecht</i> prussiano alla conquista dell'Europa.	35
6.2. La struttura del test di proporzionalità nella formulazione tedesca e le critiche al punto nevralgico della proporzionalità <i>stricto sensu</i>	45
6.3. La virulenza del principio di proporzionalità del mezzo allo scopo: un'epidemia europea e non solo.	51

Indice

7. Il principio di proporzionalità della pena in ottica <i>backward-looking</i> : il lungo cammino della Corte costituzionale italiana verso la proporzionalità della pena.....	55
7.1. L'ulteriore distinzione tra proporzionalità ordinale e cardinale. C'è spazio per entrambe nell'applicazione del principio?	55
7.2. Dalla uguaglianza alla proporzionalità passando per la ragionevolezza. La Corte costituzionale e il principio di proporzionalità della pena.	58
8. Proporzionalità della pena e proporzionalità delle scelte di incriminazione alla prova di scenari particolari: dal divieto convenzionale di pene detentive per la diffamazione a mezzo stampa alla garanzia europea del <i>ne bis in idem</i>	63
8.1. L'incidenza della tipologia di pena sulla proporzionalità della scelta di incriminazione: il caso della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla diffamazione a mezzo stampa.	63
8.2. Le ricostruzioni della dicotomia tra principio di proporzionalità retrospettiva e prospettica nella dottrina italiana: alcune osservazioni sulle interferenze tra le due declinazioni.....	70
8.3. Quale ruolo per la proporzionalità del trattamento sanzionatorio cumulativo nella giurisprudenza europea sul <i>ne bis in idem</i> ?	79
9. Osservazioni conclusive.	91

Capitolo II

Punire o non punire? Il dibattito penalistico sul difficile rapporto tra libertà di espressione e discorso d'odio: concettualizzazione e analisi comparatistica.	99
Sezione I – Argomenti a favore e contro la punizione dei discorsi d'odio nella riflessione dottrinale americana.	101
1. Panoramica degli interessi sottesi alle due posizioni.	101
2. Argomenti a favore della punizione dei discorsi d'odio.	105

Indice

2.1	Jeremy Waldron e l'inconciliabilità dell' <i>hate speech</i> con una <i>well ordered society</i>	107
2.2	<i>Words that wound</i> : la <i>Critical Race Theory</i> e i danni prodotti dall' <i>hate speech</i>	109
3.	Argomenti contrari alla punizione dei discorsi d'odio.	116
3.1	La Democrazia come ostacolo alla punizione dell' <i>hate speech</i> : tre declinazioni.	116
3.2	Il Principio di Autonomia individuale e la punizione dell' <i>hate speech</i>	123
4.	Osservazioni conclusive.	127
Sezione II – La disciplina penale in tema di discorso d'odio e di negazionismo negli ordinamenti europei. Una prospettiva comparatistica.		129
1.	Discorsi d'odio e negazionismo nel sistema di tutela dei diritti umani dell'Europa sovranazionale.	129
2.	La giurisprudenza della Corte EDU in materia di <i>hate speech</i> : tra bilanciamento, principio di proporzionalità e clausola di abuso del diritto.	131
2.1.	La libertà di espressione nel sistema convenzionale: l'art 10 della CEDU.	131
2.2.	Negazionismo e discorso d'odio nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo o delle interrelazioni tra art. 10 e 17 CEDU.	135
2.2.1.	L'applicazione dell'art. 17 al discorso negazionista: storia di un'evoluzione in tre fasi.	137
2.2.2.	L'applicazione dell'art. 17 come ghigliottina in materia di discorso d'odio antisemita e razzista. Qualcosa di nuovo sul fronte dell' <i>hate speech</i> omofobico.	141
2.3.	Ritorno al negazionismo. Il Caso <i>Perinçek v. Svizzera</i> e i successivi sviluppi. Tra riespansione del bilanciamento e perduranti ambiguità...	147
3.	Il Discorso d'odio nel diritto dell'Unione europea: la decisione quadro 2008/931/GAI e alcuni cenni sulla giurisprudenza in materia della Corte di Giustizia.	152

Indice

4. Discorso d'odio, negazionismo e diritto penale: variazioni sul tema nella disciplina di tre ordinamenti europei.	158
4.1. La risposta dell'ordinamento tedesco alla negazione dell'Olocausto nel quadro della democrazia costituzionalmente protetta.	158
4.2. Discorso d'odio e negazionismo nella legislazione penale e nella giurisprudenza costituzionale tedesca.	160
4.3. L'interpretazione costituzionale spagnola in materia di libertà di espressione tra fatto e opinione: un cambio di rotta.	171
4.4. Storia, memoria e diritto penale nel modello francese.	184
4.4.1. Evoluzione storica della disciplina francese dei discorsi d'odio razziale, etnico e religioso.	184
4.4.2. La disciplina positiva dei discorsi d'odio e la varietà delle risposte incriminatrici.	189
4.4.3. La risposta dell'ordinamento francese alla negazione del genocidio e dei crimini internazionali.	194
5. Osservazioni conclusive.	199
 Sezione III – L'ordinamento penale antidiscriminatorio italiano: un quadro travagliato tra esigenze di tutela e limiti del diritto penale	205
1. Ricostruzione del quadro normativo della legislazione antidiscriminatoria italiana: una stratificazione di riforme.	205
2. L'opportunità della repressione penale del negazionismo nel dibattito penalistico italiano.	212
3. La difficile convivenza tra garanzie penalistiche costituzionali e la disciplina dei delitti contro l'uguaglianza: più problemi che soluzioni. ...	223
3.1. La terminologia delle fattispecie e le frizioni, vere o presunte, con il principio di tassatività-determinatezza: discriminazione, razzismo e odio.	223
3.2. Il bene giuridico tutelato o alla ricerca di un'offensività latente.	229

Indice

3.3. <i>Segue</i> . Le condotte tipiche e la tecnica di incriminazione: pericolo astratto o pericolo concreto?	233
4. Propaganda razzista fondata sulla negazione della Shoah: criticità alla prova della prassi giurisprudenziale.	242
5. Discorso d'odio omofobico e nuove declinazioni del negazionismo. Il fu d.d.l. Zan e nuovi disegni di legge in materia di negazionismo.	199
6. Osservazioni conclusive.	263

Capitolo III

E se la risposta fosse nel <i>quomodo</i> della punizione? La tipologia della pena come variabile decisiva nel giudizio di proporzionalità delle scelte di incriminazione: alla ricerca di una pena proporzionata per i discorsi d'odio.	267
1. La tipologia della pena come variabile decisiva nel giudizio di proporzionalità delle scelte di incriminazione: esportabilità al discorso d'odio del paradigma convenzionale in materia di diffamazione a mezzo stampa?	269
2. Un riepilogo delle principali criticità rilevate dalla dottrina in relazione alle fattispecie di propaganda razzista e di istigazione alla discriminazione.	271
3. Le possibili vie di uscita da una situazione di stallo. Un'alternativa secca e ineludibile tra accettazione dello <i>status quo</i> e abrogazione?	274
3.1. Le strategie per la conservazione dell'assetto attuale: pari dignità e pericolo concreto.	274
3.2. Interessanti prospettive di recenti proposte di riforma delle fattispecie più controverse del diritto penale antidiscriminatorio (rinvio).	276
4. I nodi problematici dell'opzione abrogatrice.	277
4.1. L'art. 604 bis c.p. e gli obblighi internazionali di tutela penale: riflessioni mutuare dal recente arresto della Corte costituzionale in materia di abuso d'ufficio.	277

Indice

4.2. Le evidenze tratte dall'analisi comparatistica delle discipline penalistiche dell' <i>hate speech</i> e l'intensità offensiva di alcune condotte colte dalla prassi giurisprudenziale.	282
5. Alla ricerca di una terza via. Sulle tracce di una tipologia di pena proporzionata.	285
6. Giustizia riparativa e discorsi d'odio: pro e contro del ricorso al paradigma riparativo nel <i>framework</i> tracciato dal d.lgs. n 150/2022.	286
6.1. Un breve <i>excursus</i> in tema di giustizia riparativa: radici storiche e questione definitoria.	286
6.2. Giustizia riparativa applicata agli <i>hate crimes</i> : osservazioni e rilievi critici nella letteratura anglosassone e nella dottrina italiana.	292
6.3. Negazionismo e illecito <i>online</i> : le più recenti proposte di ricorso alla giustizia riparativa in relazione (anche) al discorso d'odio.	295
7. Un primo bilancio. L'innesto della giustizia riparativa nel procedimento penale in relazione a propaganda e istigazione alla discriminazione è sufficiente a rendere proporzionata la risposta penale?	298
8. Tentativo di costruire una pena proporzionata <i>de iure condendo</i> per le fattispecie di <i>hate speech</i>	303
Riflessioni conclusive	311

Bibliografia

Introduzione

La libertà di espressione, architrave della democrazia costituzionale, si rivela oggi anche uno dei suoi punti di più accentuata vulnerabilità.

Il nodo è questo: la libertà di espressione è un diritto fondamentale connaturato alla struttura stessa delle democrazie contemporanee ma, al tempo stesso, si configura sempre più come fonte di pericolo per le medesime. Ciò avviene, in primo luogo, attraverso la diffusione di *fake news* capaci di manipolare i processi elettorali e di condurre alla selezione di candidati che si rivelano, talvolta, nemici della democrazia stessa, secondo schemi peraltro già noti e già verificatisi nella prima metà del Novecento, quando i regimi autoritari e totalitari scoprirono, e cominciarono a impiegare sistematicamente, il pieno potere della propaganda politica.

Il medesimo fenomeno paradossale si realizza anche nel contesto dei discorsi d'odio, che trasformano una libertà storicamente invocata dalle minoranze contro il potere del sovrano, secondo uno schema verticale, in uno strumento di denigrazione e di negazione della dignità, nonché del riconoscimento come membri della società, di gruppi definiti da caratteristiche tradizionalmente oggetto di marginalizzazione o, talora, persino di stigma sociale. Si riproduce così il paradosso per cui una libertà costituzionale viene impiegata per comprimere altri diritti fondamentali, segnatamente la dignità e l'uguaglianza.

Particolarmente controverso è, in questo ambito, l'impiego del diritto penale, oggetto di un dibattito che vede contrapposti, da un lato, coloro che ritengono che l'elevatissimo profilo degli interessi in gioco richieda il dispiegamento dello strumento più incisivo di cui l'ordinamento dispone e, dall'altro, chi invece sottolinea le inevitabili carenze, sotto il profilo dell'aderenza alle garanzie costituzionali in materia penale, cui vanno incontro fattispecie chiamate a realizzare una tutela, per giunta fortemente anticipata, rispetto a beni ad elevato contenuto normativo ideale, per di più sfuggenti e di difficile determinazione.

Come emerge da questo rapido schizzo della problematica, la discussione è spesso impostata sull'*an* dell'intervento penale, ossia sull'opportunità, o meno, di impiegare

il più terribile dei diritti in un ambito così delicato. Le vie d'uscita dall'impasse sembrano dunque ridursi, in apparenza, all'alternativa secca tra il mantenimento dello *status quo* e una riforma in senso abrogativo delle fattispecie più problematiche. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, saranno presentate le proposte di riforma della materia recentemente elaborate da autorevole dottrina.

Proprio perché, in definitiva, si comprende che si tratta di individuare un punto di equilibrio nel contesto di un'operazione di bilanciamento tra diversi diritti fondamentali, la ricerca di una possibile soluzione per approcciare il tema sopra descritto non poteva prescindere dallo studio del principio di proporzionalità nelle sue molteplici declinazioni. Tale principio si sta imponendo non solo nella sua veste tradizionale e classica di proporzionalità sanzionatoria, quale precipitato storico delle teorie retributive della pena, bensì anche quale canone di limitazione delle scelte di incriminazione, come credibile alternativa agli strumenti classici del diritto penale, tra cui il bene giuridico, che mostra ormai da decenni una marcata difficoltà a proporsi come fondamento di un principio di offensività effettivamente giustiziabile da parte della Corte costituzionale.

Il paradigma della proporzionalità sembra, in effetti, detenere un vantaggio evidente nella sua impostazione di base. Esso non si pone l'obiettivo, forse inarrivabile, di selezionare a monte quali beni giuridici possano essere meritevoli di tutela da parte del legislatore, secondo la ricostruzione della funzione politico-criminale del bene giuridico; propone piuttosto uno strumento metodologico, una tipologia di giudizio scandita in diverse fasi specifiche, idonea a razionalizzare una valutazione ad elevato tasso valoriale quale quella del bilanciamento tra diritti fondamentali. Bilanciamento che, come è stato osservato, diviene imprescindibile in un orizzonte popolato da costituzioni caratterizzate da lunghi cataloghi di diritti, molti dei quali espressione del pluralismo sociale e richiedenti un intervento dello Stato per la loro piena estrinsecazione, e dunque destinati a entrare in conflitto tra loro.

Oltre a ciò, ci si propone di esplorare il ruolo svolto dalla tipologia della pena, ossia dal *quomodo* sanzionatorio, nell'ambito del principio di proporzionalità costituzionale,

al fine di valutarne l'impatto sulla proporzionalità complessiva dell'intera scelta di incriminazione. Ciò con l'intento di saggiare la possibilità di percorrere una via alternativa alla secca opzione sopra descritta, che passi per la ridefinizione della natura della pena.

Per fare ciò, sarà svolta una disamina necessariamente sintetica, data l'ampiezza del tema, dell'ascesa e del declino della categoria del bene giuridico, nelle sue diverse formulazioni, per poi passare a un'esplorazione dei vasti scenari dischiusi dal principio di proporzionalità, anch'esso principio variegato e multiforme. Nella seconda parte dell'elaborato sarà invece dedicato ampio spazio alla disciplina penalistica dei reati di opinione, prendendo le mosse dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di *hate speech* e negazionismo, per osservare le flessioni del modello della proporzionalità in questo particolare ambito e, successivamente, svolgere un confronto comparatistico con alcuni ordinamenti europei a noi contigui, al fine di individuare costanti e variabili nell'approccio al tema attraverso il diritto penale. Lo studio sui discorsi d'odio si conclude con un'imprescindibile ricognizione delle caratteristiche e delle principali criticità che affliggono l'attuale apparato normativo italiano, inteso sia come *law in the books* sia nelle modalità in cui "vive" nelle pronunce giurisprudenziali, quale *law in action*. Nel capitolo finale si cercherà, infine, di applicare gli insegnamenti estrapolati dall'indagine sul principio di proporzionalità, nel tentativo di proporre una pena proporzionata per le fattispecie c.d. di istigazione indiretta.

CAPITOLO I

AVVICENDAMENTO DI PARADIGMI? LE TEORIE LIMITATIVE DEL RICORSO AL DIRITTO PENALE DAL BENE GIURIDICO AL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ DELLE SCELTE DI INCRIMINAZIONE.

SOMMARIO: 1. Illuminismo e diritto penale: il concetto di dannosità sociale del reato e la concezione dell'illecito penale come violazione dei diritti soggettivi altrui. – 2. Genesi della teoria del reato come offesa ad un bene giuridico. – 2.1. La *Güterlehre* di Birnbaum e le sue interpretazioni critiche postume. – 2.2. La consacrazione della teoria del reato come offesa di un bene giuridico con Binding. – 3. Dal tecnicismo giuridico alla rinascita della teoria del bene giuridico nella stagione del Costituzionalismo del secondo dopoguerra. – 3.1 (*Segue*). La teoria costituzionale del bene giuridico di Franco Bricola: contenuti e critiche. – 4. Conclusioni parziali sui limiti della teoria del bene giuridico. – 5. Il principio o i principi di proporzionalità? La dicotomia tra proporzionalità retrospettiva e prospettica. – 6. Il principio di proporzionalità prospettica come paradigma del costituzionalismo globale e criterio guida delle scelte di incriminazione. – 6.1. Evoluzione storica del principio di proporzionalità *forward-looking*: dal *Polizeirecht* prussiano alla conquista dell'Europa. – 6.2. La struttura del test di proporzionalità nella formulazione tedesca e le critiche al punto nevralgico della proporzionalità *stricto sensu*. – 6.3. La virulenza del principio di proporzionalità del mezzo allo scopo: un'epidemia europea e non solo. – 7. Il principio di proporzionalità della pena in ottica *backward-looking*: il lungo cammino della Corte costituzionale italiana verso la proporzionalità della pena. – 7.1. L'ulteriore distinzione tra proporzionalità ordinale e cardinale. C'è spazio per entrambe nell'applicazione del principio? – 7.2. Dall'uguaglianza alla proporzionalità passando per la ragionevolezza. La Corte costituzionale e il principio di proporzionalità della pena. – 8. Proporzionalità della pena e proporzionalità delle scelte di incriminazione alla prova di scenari particolari: dal divieto convenzionale di pene detentive per la diffamazione a mezzo stampa alla garanzia europea del *ne bis in idem*. – 8.1. L'incidenza della tipologia di

pena sulla proporzionalità della scelta di incriminazione: il caso della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla diffamazione a mezzo stampa. – 8.2. Le ricostruzioni della dicotomia tra principio di proporzionalità retrospettiva e prospettica nella dottrina italiana: alcune osservazioni sulle interferenze tra le due declinazioni. – 8.3. Quale ruolo per la proporzionalità del trattamento sanzionatorio cumulativo nella giurisprudenza europea sul *ne bis in idem*? – 9. Osservazioni conclusive.

1. Illuminismo e diritto penale: il concetto di dannosità sociale del reato e la concezione dell'illecito penale come violazione dei diritti soggettivi altrui.

Ogni tentativo di ricostruzione dell'imponente evoluzione attraversata dalla teorica delle scelte di incriminazione non può che prendere avvio dallo spartiacque rappresentato dalla filosofia illuminista e dall'instimabile eredità storico-culturale da essa trasmessa alla scienza penale¹. È infatti nel Secolo dei Lumi che emerge e prende forma una concezione di reato legata alla produzione di un danno per la società. La necessità di liberare il diritto penale dalle fondamenta moralistiche e teologiche² che fino a quel momento lo avevano caratterizzato, principiò dalla delimitazione dell'oggetto del diritto alle sole condotte che si manifestano nel foro esterno degli individui, tralasciando moventi e pulsioni interiori per poi sfociare nell'elaborazione dell'idea secondo cui «la coercizione penale non può che avere alla base una giustificazione di tipo razionale e “laico”, coincidente con la necessità di prevenire e reprimere fatti dannosi per la società»³. Durante l'epoca illuminista, infatti, aveva avuto inizio il processo di secolarizzazione dello Stato; a seguito di tale mutamento nella percezione del ruolo e della funzione della compagine statale e del diritto,

¹ M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*¹, I, Milano, 2024, 67, identifica il merito straordinario dell'Illuminismo nell'aver individuato un carattere fondamentale e peculiare del diritto penale, il quale, a differenza di altre branche del diritto, e, soprattutto, del diritto civile, necessita di una legittimazione che non possiede ontologicamente, come fatto di natura. Da ciò, quindi, derivò la proposizione del diritto penale come “questione” o “problema” nel dibattito culturale, prima ancora che politico-criminale. Oggetto di tale riflessione non poteva che essere l'altrettanto annosa questione della pena, che nel Settecento si caratterizzava ancora per l'orrore e la crudeltà dei supplizi inflitti. Da qui la conclusione del chiaro Autore secondo cui «il diritto penale [...] non appare nascere come diritto ma come punizione giuridicamente inflitta» ed «esso diventa davvero diritto, o diritto legittimo, solo quando il collegamento tra pena e illecito è stato *ricostruito secondo una nuova razionalità*». (Corsivo dell'Autore).

² Traccia un quadro efficace della forte impronta teocratica di origine medioevale che ancora persisteva nel diritto penale del XVII secolo, consistente nella sopravvivenza della pratica del supplizio, esemplificata dall'aneddoto sul macabro destino del bestemmiatore *Chevalier de la Barre*, e nella concezione del delitto in quanto non solo violazione di norme statali, ma anche peccato contro Dio, K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, 17 s.

³ G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 9 ss. L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1988, 5 ss, «Il diritto penale degli ordinamenti evoluti è un prodotto prevalentemente moderno. I principi sui quali si basa il suo modello garantista classico, la stretta legalità, la materialità e l'offensività dei reati, la responsabilità personale, il contraddittorio e la presunzione di innocenza, sono in gran parte, com'è noto, il frutto della tradizione giuridica illuministica e liberale».

accantonato ogni fondamento divino degli stessi, ovvero ogni pretesa funzione di conduzione degli stessi alla salvezza ultraterrena, per abbracciare la ben più mondana finalità del governo terreno dei cittadini, si impose la necessità di trovare «una fonte di legittimazione del pubblico potere che più direttamente incide sulla libertà della persona, ossia quello di infliggere una pena, che fosse coerente il nuovo contesto ideale»⁴.

La tendenziale separazione tra diritto e morale rappresentò uno dei tratti caratterizzanti la filosofia illuministica che sopravvisse ben oltre la finestra del XVII secolo per influenzare marcatamente il positivismo giuridico tra Ottocento e Novecento⁵. Cesare Beccaria, precursore ed alfiere di diverse garanzie penalistiche oggi consacrate nella Costituzione repubblicana e assurte a patrimonio irrinunciabile del diritto penale contemporaneo, rimarcò chiaramente che «la vera misura dei delitti» si rinviene nel danno alla società⁶, e, a testimonianza dell'esigenza di liberare lo *ius criminale* da connotati religiosi o eticizzanti, incarnando pienamente lo spirito razionalista del tempo, proseguì statuendo che «spetta a' teologi lo stabilire i confini del giusto e dell'

⁴ G. FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014, 9. V. anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 203 ss.

⁵ M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*¹, I, 68 s. In particolare, l'Autore si sofferma sul carattere tendenziale di tale separazione, chiarendo che se negli Illuministi sopravviveva certamente una commistione tra i due ambiti nell'idea della ragione come via per il raggiungimento della virtù, nel positivismo del XX secolo si distinsero correnti "esclusive" a sostegno di una netta distinzione tra sfera giuridica e etica e correnti "inclusive" che riconoscevano nella morale la fonte di alcune norme giuridiche. Per una critica della visione radicale di tale separazione, v. G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in, E. Dolcini, C. E. Paliero, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 305 ss., secondo cui i fautori della completa estromissione della morale dal diritto penale si fondano su una concezione eticamente neutra della giustizia, che esclude dal suo ambito la complessità dei rapporti sociali. Tale impostazione, tuttavia trascura la dimensione relazionale del reo, l'unica che consente di riconoscerlo come persona e non come mero individuo. Poiché solo previa individuazione dell'idea di persona alla cui tutela il diritto penale è rivolto è possibile determinare con sufficiente precisione le sue funzioni e tale idea di persona non può, per sua natura, essere eticamente neutrale, queste concezioni finiscono per scontrarsi contro l'impossibilità di definire in modo sufficientemente preciso e determinato cosa si debba intendere per danno cagionato dal reato e quali interessi siano da essi intaccati.

⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1825, Aggiungeva, inoltre, l'illustre penalista lombardo che trattasi di «una di quelle palpabili verità che, quantunque non abbian bisogno né di quadranti, né di telescopi per essere scoperte, ma sieno alla portata di ciascun mediocre intelletto, pure per una meravigliosa combinazione di circostanze non sono con decisa sicurezza conosciute che da alcuni pochi pensatori, uomini d'ogni nazione e d'ogni secolo»⁶.

ingiusto, per ciò che riguarda l'intrinseca malizia, o bontà dell' atto: lo stabilire i rapporti del giusto, o dell' ingiusto politico, cioè dell' utile o del danno della società, spetta al pubblicista»⁷. La grandezza della portata rivoluzionaria del pensiero di Beccaria è in inversamente proporzionale, alla snellezza del suo saggio. In quel numero esiguo di pagine, il filosofo milanese, partendo dalla fondamentale questione del diritto di punire e della giustificazione, oltre che della pena, del delitto stesso, arrivò a rescindere radicalmente «il nodo che da millenni si era formato unendo con mille fili peccato e delitto, crimine e colpa»⁸. Si tratta di una visione strettamente connessa alla concezione di Stato fondata sul c.d. contratto sociale; il diritto di punire del Sovrano discende dall'attribuzione allo stesso del monopolio della forza da parte dei singoli consociati, i quali si privano di parte della propria libertà al fine di un miglior e pieno godimento dei propri diritti naturali, ostacolato o finanche vanificato dall'anarchia e dal disordine imperversanti nello Stato di Natura⁹. Da questa teoria politica discese una secolarizzazione delle finalità statali. Gli obiettivi perseguiti dallo Stato non avevano più carattere trascendentale o divino; pertanto, l'unico scopo dei divieti penali non poteva che essere la tutela delle condizioni necessarie alla protezione della società e alla pacifica convivenza umana¹⁰. L'Illustre illuminista lombardo chiari, tuttavia, come, «il formare questo deposito» non sia sufficiente, essendo altresì necessario «difenderlo dalle private usurpazioni di ciascun uomo in particolare», in

⁷ *Ibidem*, 26.

⁸ F. VENTURI, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Torino, 1970, 125. Si veda il medesimo autore per una approfondita descrizione del contesto culturale in cui nacque l'opera di Beccaria, dall'Accademia dei Pugni al rapporto, non privo di conflittualità, con Pietro Verri.

⁹ *Ibidem*, 9. «Le Leggi sono le condizioni, colle quali uomini liberi, ed isolati di questo globo si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra, e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza, e tranquillità. La somma di tutte queste porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascheduno for ma la Sovranità di una Nazione, ed il Sovrano è il legittimo depositario, ed amministratore di quelle». Tale matrice comune al pensiero illuminista riformista in ambito penalistico è ampiamente riconosciuta e ad essa si ricollegano l'elaborazione di una teoria con funzione limitatrici rispetto alla potestà punitiva statale, che consentiva la graduazione della risposta sanzionatoria in base alla proporzionalità con la gravità del danno sociale cagionato e che portò pensatori dell'epoca come Hommel a ritenere che diverse fattispecie contro la morale e la religione dovessero essere espunte dal diritto penale in senso stretto per relegarle ad illeciti o contravvenzioni di polizia (soluzione che, pure, presentava evidenti criticità, in quanto veicolo dell'espansione della potestà statale in una vasta gamma di ambiti della vita sociale). V. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und schutz der Gesellschaft*, cit., 21 s.

¹⁰ V. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und schutz der Gesellschaft*, cit., 25; G. FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014, 9 s..

quanto ogni consociato avrebbe sempre subito la tentazione di sottrarre a tale deposito non solo la propria porzione di libertà da egli precedentemente attribuita, bensì anche quelle depositate dagli altri uomini. Fu proprio da tale impostazione contrattualistica che Beccaria derivò ulteriori principi che costituiscono ancora oggi il fondamento di un diritto penale autenticamente garantistico e liberale. Primo fra questi è senz'altro il principio di *extrema ratio*; poiché la natura dell'Uomo è inevitabilmente portata all'anelito per la propria libertà, anche a discapito di quella altrui, l'unica ragione che può spingerlo a cedere anche solo una parte di quanto di più prezioso da egli posseduto e ad egli attribuito dalla Natura intesa in senso illuministico e razionalista, non poteva che essere la necessità di ottenere una misura di protezione nei confronti dei soprusi dei suoi simili. Conseguenza obbligata di ciò è che «l'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia; è Fatto, ma non già Diritto». Con l'ulteriore specificazione da parte del filosofo, che per Giustizia egli «non intende altro che il vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari, che senz'esso si scioglierebbero nell'antico stato di insociabilità; tutte le pene, che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura»¹¹.

Da tali fondamentali premesse, discese altresì l'elaborazione dei noti corollari del principio di legalità, nella forma della riserva di legge¹², della determinatezza o tassatività¹³ e della irretroattività della legge penale, oltre che della necessaria

¹¹ *Ibidem*, 11s.

¹² *Ibidem*, 12, «La prima conseguenza di questi principi è, che le sole Leggi possono decretar le pene sui delitti, e quest'autorità non può risiedere, che presso il Legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale»

¹³ *Ibidem*, 16, «Se l'interpretazione delle Leggi è un male; egli è evi dente esserne un altro l'oscurità, che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo, se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua, che formi di un libro solenne, e pubblico un quasi privato e domestico. Che dovremo pensare degli uomini, riflettendo esser [pag. 14] questo l'inveterato costume di buona parte della colta ed illuminata Europa! Quanto maggiore sarà il numero di quelli, che intenderanno, e avranno fralle mani il sacro Codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio; che l'ignoranza, e l'incertezza delle pene non aiutino l'eloquenza delle passioni». Nel passo emerge peraltro la nota avversione degli Illuministi, frutto del rigetto dello status quo proprie dell'*Anciènne Regime*, ossia della strumentalizzazione della Giustizia e della Magistratura da parte del Sovrano, per l'interpretazione e l'asserita necessità di un giudice che si limitasse ad essere *bouche de la loi*, secondo la celebre espressione coniata da Montesquieu nell'opera

separazione dei poteri¹⁴ e della mitezza¹⁵ e proporzionalità delle pene¹⁶. Si trattava dunque di un approccio dai marcati accenti utilitaristici, come si può evincere, anzitutto, dall'affermazione del filosofo milanese secondo cui la misura della giustizia di un sistema normativo è data dall'efficacia di queste leggi nel condurre il maggior numero di uomini alla maggiore felicità possibile. In secondo luogo, la chiara impronta utilitarista si rinviene nella concezione preventiva della finalità della pena sposata da Beccaria, che, a chiare lettere, proclamò: «È meglio prevenire i delitti, che punirli. Questo è il fine principale d'ogni buona legislazione, che è l'arte di condurre gli uomini al massimo di felicità, o al minimo d'infelicità possibile, per parlare secondo tutt'i calcoli dei beni, e dei mali della vita»¹⁷. Sarebbe tuttavia un errore attribuire a Beccaria la qualifica di filosofo esclusivamente utilitarista¹⁸. Nel breve ma denso trattato edito nel 1764, è presentata una visione eclettica dello *ius criminale* e della punizione, intrisa di tutte le principali correnti di pensiero, che, intrecciandosi, costituirono la ricca trama dell'età Illuminista¹⁹. La finalità preventiva della pena è infatti collocata nella cornice della teoria politica contrattualista, tradizionalmente associata a posizioni retributiviste, soprattutto di matrice kantiana, e, ancor più significativamente,

L'Esprit des lois. In tema v. C. SPECTOR, *La bouche de la loi? Les figures du juge dans L'Esprit des lois*, in *Montesquieu Law Review*. 2015, 87 ss.

¹⁴ «Il Sovrano, che rappresenta la società medesima, non può formare che Leggi generali, che obblighino tutt'i membri, ma non già giudicare, che uno abbia violato il contratto sociale, poichè allora la Nazione si dividerebbe in due parti, una rappresentata dal Sovrano, che asserisce la violazione del contratto, e l'altra dall'accusato, che la nega. Egli è dunque necessario, che un terzo giudichi della verità del fatto. Ecco la necessità di un Magistrato, le di cui sen tenze sieno inappellabili e consistano in mere asserzioni o negazioni di fatti particolari».

¹⁵ C. BECCARIA, *Dei Delitti e Delle Pene*, cit. 54 s. «La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione, che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità; perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani, e la speranza, dono celeste, che sovente ci tien luogo di tutto, ne allontana sempre l'idea dei maggiori, massimamente quando l'impunità, che l'avarizia, la debolezza, spesso accordano, ne aumenti la forza».

¹⁶ *Ibidem*, 31, «Quelle pene, dunque, e quel metodo d'infliggerle, deve esser prescelto, che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace, e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo».

¹⁷ *Ibidem*, 87.

¹⁸ B. E. HARCOURT, *Beccaria's On Crimes and Punishments. A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*, in M. D. DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, 2014, 46 s.

¹⁹ L'Illuminismo si caratterizzò infatti per il coesistere e cozzare di diverse mentalità e teorie giuridiche che non furono mai pienamente ricondotte ad unità. In particolare, le due principali correnti di pensiero che attraversarono quell'epoca, spesso generando conflitti e contraddizioni, furono il razionalismo cartesiano e l'empirismo inglese, da cui discesero, sul piano giuridico, il contrattualismo e il giusnaturalismo. V: U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, 1974, 36 s.

affiancata dalla consacrazione della proporzionalità come principio limitativo cardine degli eccessi punitivi. L'aristocratico milanese, invero, affermò che «vi deve essere una proporzione fra i delitti, e le pene», giungendo ad elaborare l'idea di una scala di gravità dei delitti, a cui corrisponde specularmente una gradazione della severità delle pene²⁰, evidente precursore dell'odierno concetto di proporzionalità ordinale. Emerge chiaramente, dunque, come pur muovendo da un'impostazione utilitaristica, Beccaria posea al centro della propria riflessione sulla pena un modello di proporzionalità fortemente connotato in senso retributivo²¹. Egli ritenne infatti che la pena avrebbe dovuto essere calibrata sulla «natura», ossia la gravità del reato, poiché solo un rapporto adeguatamente commisurato tra illecito e sanzione consente di rafforzare il nesso simbolico che collega il misfatto alla sua punizione, potendo così smuovere la coscienza del destinatario che non la percepirà come ingiusta²². Si tratta, peraltro, di una concezione di proporzione che pare, per quanto ad uno stadio ancora embrionale, tenere unite entrambe le anime di tale concetto ancipite, ossia quella *backward-*

²⁰ *Id*, *Dei delitti e delle pene*, cit., 19, «Se la Geometria fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane, vi dovrebbe essere una scala corrispondente di pene, che discendesse dalla più forte, alla più debole; ma basterà al saggio Legislatore di segnare i punti principali, sen za turbar l'ordine, non decretando ai delitti del primo grado le pene dell'ultimo. Se vi fosse una scala esatta ed universale delle Pene, e dei Delitti, avremmo una probabile, e comune misura dei gradi di Tirannia, e di libertà, del fondo di umanità o di malizia delle diverse Nazioni».

²¹ DB YOUNG, *Cesare Beccaria: Utilitarian or Retributivist?*, in, *11 J Crim Justice*, 1983, 317 ss. L'Autore sostiene che, Beccaria fosse essenzialmente un retributivista che incorporò elementi utilitaristici nella propria riflessione. In senso contrario, chi evidenzia l'ambiguità permeante il trattato del filosofo lombardo, il cui richiamo alla proporzionalità della pena alla gravità dell'illecito, nonché il monito nei confronti di leggi le quali «permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser persona, e diventi cosa», entrano in contraddizione con la concezione utilitaristica della pena, intesa come strumento di prevenzione generale e speciale. Secondo tale interpretazione nell'opera di Beccaria nonostante «il principio di proporzione veni[sse] richiamato per combattere gli eccessi dell'intimidazione, in realtà il sistema era basato esclusivamente sull'idea della prevenzione generale», spianando così la via «ad altri eccessi ed ulteriori pericoli per la libertà dell'individuo, contenuti nelle concezioni penalistiche settecentesche ispirate alla difesa sociale». V. E. PALOMBO, *Il rispetto della persona umana*, in *Id*, (a cura di), *I Diritti dell'Uomo. Dei Delitti e delle Pene a 250 anni dalla pubblicazione*, 2016, Torino, 156 s.

²² M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 70. È già presente, dunque, in nuce l'approccio sviluppato dalla recente giurisprudenza della Corte costituzionale che istituisce un collegamento tra proporzionalità della pena alla gravità del fatto e funzione rieducativa della stessa, basato sull'idea secondo cui non vi può essere alcuna rieducazione se il destinatario della sanzione penale percepisce la pena come ingiusta in quanto sproporzionata.

looking, incentrata sul reato inteso come fatto del passato, e quella *forward-looking*, rivolta invece alla finalità che la pena dovrebbe perseguire²³.

La riflessione illuministica individuante nella dannosità sociale l'unica ragione per un legittimo impiego del diritto penale da parte del legislatore, peraltro solo entro gli stretti limiti della minima coercizione necessaria al fine di prevenire tali condotte, costituisce la matrice dell'idea di reato come violazione di un diritto altrui. Tale paradigma si poneva perfettamente in linea con la teoria politica del contratto sociale e costituiva la base del «programma illuminista di politica criminale riformista», finalizzato all' «obiettivo di laicizzare o secolarizzare il catalogo dei delitti, in modo da emanciparlo da quelle ipoteche teocratiche od eticeggianti ereditate dalle tradizioni legislative delle epoche precedenti».²⁴ In Italia, tale impostazione fu al centro delle riflessioni di Francesco Carrara, presentate nella sua opera fondamentale, il *Programma del corso di diritto criminale*, il cui primo volume vide la luce a Pisa nel 1958.

Il grande criminalista lucchese affermò una concezione del reato inteso, non come entità di fatto, bensì alla stregua di ente giuridico. Con questa espressione, egli intendeva definire contestualmente il delitto come ente giuridico in quanto «la sua essenzialità deve consistere impreteribilmente nella violazione di un diritto» e il limite stesso del diritto penale, «non potendo ravvisarsi delitto tranne in quelle azioni che offendono o minacciano i diritti dei consociati». Con l'importante precisazione, tuttavia, che nonostante la sua appartenenza alla corrente di pensiero del giusnaturalismo razionalista di stampo teista, il Carrara aderì ad una netta distinzione tra il piano del diritto morale e di quello politico, per costruire quest'ultimo in termini pienamente giuspositivistici, come si evince dalla specificazione della nozione di violazione di diritto, che nel programma del Maestro della Scuola Classica si risolveva

²³ Emblematico sul punto è il seguente passaggio: «Le strida di un infelice richiamano forse dal tempo, che non ritorna, le azioni già consumate? Il fine dunque non è altro, che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi Cittadini, e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene, dunque, e quel metodo d'infliggerle, deve esser prescelto, che, *serbata la proporzione*, farà una impressione più efficace, e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo». *Ib.*, cit., 31.

²⁴ G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., 10

nell'infrazione della legge dello Stato²⁵. Qualsiasi tentativo di ripercorrere l'apporto illuministico al tema della definizione sostanziale del reato, non può prescindere da un accenno al pensiero di Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, giurista e filosofo tedesco, nella cui vasta produzione scientifica, spicca l'opera intitolata *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*²⁶. Le fondamenta filosofiche e di teoria politica del penalista bavarese erano tratte dal medesimo *humus* derivato dalla tradizione illuminista. Feuerbach individuava l'origine dello Stato nella necessità dei consociati di superare lo stato di natura, in cui la reciproca sopraffazione impediva loro di godere dei propri diritti di libertà, secondo una prospettiva contrattualistica²⁷ e giusnaturalista, profondamente influenzato dalla teorizzazione di Immanuel Kant²⁸. Tra i prodotti del pensiero di Feuerbach, spicca, in quanto particolarmente influente per le successive generazioni di studiosi, la sua teoria della pena, avente ad oggetto lo scopo e la giustificazione della sanzione penale. In estrema sintesi, essa è riassumibile

²⁵ E. GALLO, *Il pensiero di Francesco Carrara nella cultura del suo tempo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 777- V. anche 778 s. ove l'Autore illustra le critiche mosse al Carrara per questa impostazione positivista da parte di Frank, che gli rimproverò l'estrapolazione dell'oggetto della violazione dalla legge umana, positiva, della Civitas, anziché dalla suprema legge naturale, secondo l'impostazione del giusnaturalismo razionalista. Una ricostruzione parzialmente differente del pensiero del criminalista toscano è offerta da un altro Autore, il quale critica quella congerie di impostazioni che «ora si limita ad una interpretazione storica di superficie, ora indulge a ricostruzioni concettualistiche prive di dimensioni storiche», risultando in una paradossale contraddizione tra chi afferma la natura puramente metapositiva e razionalistica dell'opera dell'Autore e chi, sovrapponendovi la temperie culturale della propria contemporaneità, finisce per ricondurla a «forma imperfetta» o fase intermedia di una evoluzione verso un'impostazione prettamente positivista. T. PADOVANI, *Francesco Carrara e la teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 866 ss, in particolare 870.

²⁶ Trattato del diritto penale comune vigente in Germania. La prima delle quattordici edizioni del trattato fu pubblicata nel 1801.

²⁷ Sottolinea che le radici della teoria di Feuerbach del reato come violazione di diritti soggettivi affondavano nell'*humus* della teoria illuministica dello Stato, elaborata da Locke, Hume e Rousseau, P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Basel, 1962, 9.

²⁸ Dalla quale tuttavia non mancò di distanziarsi in relazione, ad esempio, alla c.d. *Menschenbild* o concezione dell'uomo: sebbene infatti Feuerbach avesse aderito alla distinzione kantiana tra *homo noumenon*, essere mosso dalla ragion pura, e *homo phaenomenon*, ossia individuo che, grazie alla ragione è portato ad agire in un certo modo nel mondo empirico, aderente o meno all'imperativo impostogli dall'*homo noumenon*, egli si distinse da Kant, in quanto sostenne che, la concezione dell'uomo rilevante per la filosofia del diritto, non potesse essere che quella di un individuo dominato dal determinismo, ossia portato ad agire in risposta a stimoli (la ricerca del piacere o la fuga dal dolore), senza possibilità di alcun margine di libertà d'azione. V. T. HÖRNLE, *PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law*, in M. D. Dubber (a cura di), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, 124 ss. In generale, per un approfondimento di questo aspetto della filosofia kantiana, v. B. S. BYRD, J. HRUSCHKA, *Kant on "why must I keep my promise?"*, in A. Ripstein (a cura di), *Immanuel Kant*, Routledge, 2016, 205, nt. 9, (precedentemente in *81 Chicago_Kent Law Review*, 2006, 47 ss)

in cinque punti essenziali: la pena è concepita come un male inflitto ad un soggetto solo ed esclusivamente a seguito della commissione di azioni che violino la legge (legalità formale), la sua minaccia mira a prevenire i reati attraverso una forma di coazione psicologica e la sua esecuzione serve a confermare la credibilità di tale minaccia, il suo fondamento giuridico risiede nel fatto che attraverso di essa non viene leso alcun diritto e, infine, la giustificazione dell'irrogazione concreta della pena viene individuata dapprima nel consenso implicito dell'autore e successivamente nella mera esistenza della comminazione legale che ne costituisce il titolo di legittimazione²⁹.

Il corollario più rilevante di questa teoria, ai fini della presente trattazione, consiste nella nozione materiale del reato come lesione di un diritto soggettivo, discendente da una concezione liberale dello Stato inteso come una istituzione finalizzata a consentire a tutti i consociati il pieno godimento dei propri diritti. Forse ancora più rilevante di ciò che può essere legittimamente elevato a reato, fu la delineazione delle condotte che, invece, si dovevano ritenere escluse dall'ambito penalistico. In primo luogo, Feuerbach ripudiò la criminalizzazione di idee, atteggiamenti interiori e meri atti preparatori, richiedendo una condotta che si manifestasse nel foro esterno dell'individuo. Inoltre, rifiutò che potessero rientrare nella nozione di reato condotte invisibili alla morale dominante, semplicemente perché tali. Ancora, assunse una posizione anti-paternalistica, precludendo la repressione tramite il diritto penale di condotte lesive solamente per il loro autore. Infine, egli adottò un approccio che enfatizzava la protezione dei diritti individuali, piuttosto che degli interessi collettivi³⁰. In conclusione, è certamente innegabile la straordinarietà dell'apporto illuminista alla profonda rifondazione del diritto penale, che proprio grazie a quelle nuove idee cominciò ad acquisire i tratti che oggi compongono la fisionomia del diritto penale della modernità, eredità la cui rilevanza non è stata offuscata neppure dalla successiva

²⁹Per questa efficace sintesi, v. L. GRECO, *Lo vivo y lo muero en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*, Marcial Pons, 2015, 55.

³⁰T. HÖRNLE, *PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law*, cit., 137-138. Sono, tuttavia, necessarie alcune precisazioni sulla reale impostazione liberale della teoria di R. Alcuni autori sottolineano infatti come la portata effettivamente limitativa della

evoluzione delle teorie sulla giustificazione e sui limiti dello *ius criminale*, alla cui disamina sono dedicati i paragrafi a seguire.

2. Genesi della teoria del reato come offesa ad un bene giuridico.

Sul passaggio dalla teoria illuministica del reato come lesione di un diritto soggettivo alla teoria del bene giuridico si contrappongono due opposte interpretazioni. Vi è chi ritiene la seconda «una emanazione diretta» o «una continuazione» della precedente, caratterizzata da una sostanziale condivisione dei fondamenti razionalistico-liberali³¹, ovvero chi individua in tale evoluzione una netta cesura e nel concetto di bene, in particolare nella connotazione di bene giuridico³², una degenerazione frutto dello storicismo ed irrazionalismo proprio della corrente romantica³³. Da tale divergenza di opinioni ne deriva un'altra, ad essa strettamente connessa, relativa all'originario contenuto liberale e alla presunta funzione limitatrice del potere punitivo del bene giuridico³⁴. Da una parte vi è chi ritiene che, in origine, tale categoria fosse stata formulata con questi caratteri, poi perduti a causa di un processo di smaterializzazione del contenuto stesso, che lo portò a sfociare nella concezione metodologica del bene;

³¹ P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, cit., 25 s, secondo cui il contenuto intrinsecamente liberale della concezione del diritto soggettivo come oggetto del reato sussisteva anche nel concetto di bene, il quale nella temperie liberale dello Stato di diritto ottocentesco era da intendersi come una concretizzazione di una libertà. In definitiva, dunque, il passaggio dal diritto soggettivo al bene (non ancora "giuridico") non avrebbe rappresentato altro che uno spostamento di enfasi coerente con l'impostazione, sopra descritta, della scuola positivista moderata, sul sostrato empirico e materiale del diritto piuttosto che sulla sua dimensione astratta. Ciò sarebbe stato anche dimostrato dalla presa di posizione di Birnbaum contro l'assunzione della pericolosità del fatto per la collettività quale oggetto del reato e dalla sua affermazione che i beni sarebbero dati all'Uomo in parte dalla Natura e in parte dallo Stato.

³² K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., 42.

³³ Dà conto di tali opposte letture, assumendo un approccio adesivo rispetto alla prima, F. ANGIANI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, Sassari, 1980, 19, nt. 26. Sul punto si veda anche l'ampia disamina di E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico*, cit., 37 ss., il quale respinge la seconda ricostruzione, soprattutto in quanto funzionale a fondare teorie fortemente scettiche nei confronti dell'effettiva utilità del concetto in parola, di cui ritengono necessario il superamento, in quanto negano che, fin dalle sue origini, esso abbia svolta una funzione realmente limitatrice della potestà legislativa punitiva e garantistica nei confronti delle libertà civili.

³⁴ C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general²*, I, trad. D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. De Vincente Remesal, Civitas, 1997, 54 s.sw

dall'altra vi è chi nega che fin dal principio il bene giuridico fosse un concetto idoneo a svolgere tale funzione³⁵. Dato certo è che la paternità della concezione di reato come "offesa ad un bene" è attribuita a Franz Birnbaum, che la formulò nell'opera *Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens* del 1834. Solo successivamente, grazie al fondamentale apporto di Karl Binding, fu invece coniata l'espressione "bene giuridico" che assurse pienamente a concetto fondamentale della scienza penalistica. Nelle prime tre decadi del XIX secolo, in area tedesca, a preparare il terreno per l'avvento del concetto di bene contribuì in modo determinante la crescente insofferenza nei confronti degli eccessi in cui era incorsa la filosofia dei Lumi, fautrice di un approccio marcatamente speculativo, a-storicistico e puramente "dottrinario", criticato in quanto privo di aderenza rispetto all'effettiva fisionomia del diritto positivo allora vigente, che aveva tentato di riplasmare sulla base dei principi giuridici frutto dell'astrazione e della speculazione filosofica³⁶. In reazione a tale stato di cose, e sotto l'influsso dell'avvento del Romanticismo, tra il 1820 e il 1840, si affermò anche in ambito penalistico, influenzato dall'evoluzione promossa da Von Savigny nel diritto civile, una corrente di pensiero definita nella dottrina tedesca come

³⁵ G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, cit., 18 s., secondo cui la teoria del reato come lesione di un bene [...] non reca con sé una intrinseca impronta liberale», presentandosi piuttosto come «politicamente aperta», in quanto il suo impiego è fortemente influenzato dalla base politico-ideologica di chi la utilizza. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 4-5. «[Il bene giuridico] È nato a metà Ottocento in funzione descrittiva, piuttosto che critica, del diritto penale vigente, e con contenuti estensivi della punibilità rispetto alle precedenti teorie del reato come lesione di diritti soggettivi»; «Il bene giuridico (o l'oggetto giuridico), del resto, è categoria descrittiva, classificatoria ed ermeneutica, della dogmatica classica, da Birnbaum a Binding a Liszt, e da Arturo Rocco a Grispigni in poi». È opportuno, tuttavia, sottolineare la diversità delle prospettive all'interno delle quali i due chiari autori sostengono tale tesi. Il primo sembra svolgerla nel contesto di un generalizzato scetticismo nella perdurante utilità della categoria, in maniera più marcata rispetto alla funzione critica o politico-criminale, in modo più sfumato rispetto a quella dogmatico-interpretativa (p. 159 ss.). Il secondo, invece, si pone in contraddizione con chi lamenta una perdurante crisi e inutilità del bene giuridico, affermando che tale conclusione discende da un fraintendimento di quanto si possa effettivamente chiedere ad un concetto di bene giuridico, ossia non una funzione limitatrice del potere punitivo, ma soltanto una, necessaria e preziosa, funzione sistematico-interpretativa (p. 6).

³⁶ K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., 40, dove si dà conto della crescente avversione dei moderati per il metodo generalizzante e deduttivo proprio degli illuministi, in favore di uno studio del dettaglio giuridico che ne colga la specifica appartenenza culturale e derivazione storica.

positivismo moderato³⁷, che giocò un ruolo estremamente rilevante nel riplasmare le teorie sulla giustificazione e sui limiti del diritto penale.

2.1. La *Güterlehre* di Birnbaum e le sue interpretazioni critiche postume.

La costruzione teorica di Birnbaum si snodava secondo una serie di argomentazioni, tutte caratterizzate da accenti polemici nei confronti della predetta teorizzazione di matrice giusrazionalista.

Muovendo dall'analisi del termine violazione e del suo utilizzo nel linguaggio comune, il giurista concluse che i diritti soggettivi, in quanto appartenenti al mondo ideale, dunque per definizione privi di un sostrato materiale, non sono suscettibili di alcuna *diminutio* o lesione da parte di una condotta umana, in quanto, appunto, essa si colloca nel mondo naturale, retto dalle leggi di causalità. Ne consegue che il referente di tale violazione non può essere che un bene, ossia l'oggetto del diritto³⁸. Approdo che consente, peraltro, anche sotto il profilo dogmatico, una maggiore aderenza tra la costruzione teorica e l'ordinamento positivo, in cui, lo si ribadisce, erano presenti reati posti a tutela dell'onore, della morale e della religione. Si trattava di fattispecie che, da un lato, non erano evidentemente poste a presidio di diritti soggettivi, quanto di beni, dall'altro costituivano innegabilmente dei delitti, essendo del tutto illogica la loro

³⁷ P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, cit., 17 s. In particolare, il positivismo moderato si sviluppò in funzione critica rispetto alla *Rechtsverletzungstheorie* feuerbachiana, a cui si rimproverava l'inadeguatezza sul piano dogmatico, derivante dal fatto che il concetto di violazione di un diritto non consentiva la distinzione tra lesione e messa in pericolo, reato consumato e tentato, nonché la contraddizione logica interna ad essa, frutto della constatazione, peraltro evidenziato dal suo stesso Autore, dell'esistenza nel diritto positivo di fattispecie incriminatrici non connotate dalla violazione di alcun diritto soggettivo, le quali se da un lato, coerentemente all'assunto di base della teoria di Feuerbach non venivano, almeno inizialmente, ricondotte all'ambito dei delitti, erano tuttavia collocate sistematicamente nella categoria degli illeciti di polizia o dei c.d. «reati vaghi» («*vage Verbrechen*»). Sul punto, v. E. CONTIERI, *La dialettica del bene giuridico*, cit., 38 s. Oltre all'evidente incoerenza sistematica di tale classificazione, è proprio da questo aspetto che scaturisce anche lo scetticismo rispetto alla reale portata liberale e garantista della *Rechtsverletzungstheorie*, essendo stato da più parti osservato che, tale costruzione teorica finiva per ricomprendere anche condotte lesive «soltanto del diritto all'obbedienza dello Stato, e cioè solo formalmente lesivi o solo moralmente illecite». V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 14 s., nt. 8.

³⁸ P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, cit., 21.

riconduzione alla categoria degli illeciti di polizia, al pari di divieti relativi alla tranquillità pubblica o alla pulizia delle strade³⁹.

La principale criticità di tale elaborazione, che alla luce della sua evoluzione successiva, potrebbe definirsi peccato originale o vizio genetico del concetto, fu la sua indeterminatezza e la vaghezza dei suoi contenuti, acuita dal fatto che Birnbaum non fornì nella sua opera una definizione dello stesso e che l'intero saggio presenta passaggi ambigui e oscuri, che si prestano a variegate interpretazioni, aspetto che spiega la natura talvolta anche contraddittoria delle interpretazioni della storia di questo concetto.

In particolare, nel suo saggio, l'autore distinse tra due categorie di beni, quelli naturali, ossia dati agli uomini dalla natura e quelli sociali o collettivi, frutto dell'evoluzione culturale e storica della società di riferimento. In conseguenza di ciò, è stato osservato come nel testo si alternino affermazioni che fanno propendere per una concezione di bene come oggetto fisico e concreto e altre che, paradossalmente, includono in tale novero altresì oggettività immateriali e collettive quali l'onore e la somma dei valori morali e delle idee religiose di una comunità⁴⁰.

Dal punto di vista delle conseguenze derivabili da tale costruzione teorica, è stato più volte sottolineato l'inevitabile effetto espansivo del novero degli oggetti del reato, fino ad includere, appunto, anche beni immateriali e collettivi come la moralità pubblica e la religione. Se da una parte tale espansione è stata criticata da chi la addita come ulteriore dimostrazione del tradimento delle conquiste della filosofia illuminista, che preparava il terreno ad un processo di dematerializzazione e idealizzazione del concetto di bene, spogliato di qualsiasi velleità limitativa della potestà legislativa e

³⁹ K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., 44.

⁴⁰ P. SINA, *Die Dogmengeschichte*, cit., 22; E. CONTIERI, *La dialettica*, cit. 39 ss., ove si sostiene la natura pre-positiva dei beni, sia sulla base della valorizzazione della mancata aggettivazione del bene come "giuridico" da parte di Birnbaum, sviluppo che, non casualmente, si verificò nelle ultime decadi del XIX secolo, all'apice dell'epoca positivista, sia in ragione di alcuni passi del saggio, in cui l'Autore tedesco «afferma espressamente che essi o sono «dati agli uomini dalla natura», oppure costituiscono «il risultato del loro sviluppo sociale», ed in quanto tali dovrebbero essere garantiti ugualmente a tutti da parte dello Stato, statuizione rivelatrice della stagione di transizione dal giusnaturalismo illuminista al positivismo».

ridotto ad involucro privo di contenuto⁴¹, dall'altra questo argomento è stato ridimensionato da chi fa notare come già lo stesso Feuerbach avesse finito per includere nel diritto penale in senso ampio anche fattispecie poste a tutela di tali oggettività, sebbene ricondotte al novero degli illeciti di polizia⁴². La teoria di Birnbaum, in questa prospettiva, avrebbe meritoriamente smascherato tale limitazione solo apparente del penalmente rilevante, prendendo atto, secondo l'impostazione propria della corrente positivista, delle caratteristiche e dei contenuti dell'ordinamento penale vigente.

2.2. La consacrazione della teoria del reato come offesa di un bene giuridico con Binding.

L'impatto sulla scienza penalistica della teoria di Birnbaum non fu immediato, in quanto essa subì la forte concorrenza delle nascenti teorie idealistiche hegeliane. Fu necessario attendere i fondamentali contributi dei giuristi dell'età bismarckiana, quali Karl Binding e Frantz Von Listz perché si completasse la trasformazione del bene in bene giuridico e perché questo entrasse a pieno titolo a far parte dello strumentario classico del penalista.

Il contesto culturale che fece da sfondo a tali teorizzazioni fu l'epoca dell'apogeo positivista, approccio consacrato dai grandi progressi ottenuti nelle scienze naturali e dal compiuto avvento dell'età della codificazione, da cui derivò la diffusa convinzione che qualunque scienza, per potersi definire tale, dovesse abbandonare inutili astrazioni avulse dalla realtà, per concentrarsi sull'approfondita analisi del dato empirico⁴³, che nel caso della scienza del diritto penale era da individuarsi nel codice, considerato

⁴¹ K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit.,47. «Der Begriff des Gutes ist so weit, daß er alle Gegenstände deckt, die Birnbaum gern dem staatlichen Schutze anvertrauen will, Menschen und gute Sitten, Sachen und Gottesfurcht».

⁴² V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 14-15, nota 8.

⁴³ K. AMELUNG, *ibidem*, 54.

come la summa di quel sapere. Da tali aspetti discese l'approccio profondamento apolitico, frutto anche dell'esigenza di preservare una serie di delicati compromessi tra la borghesia liberale e le frange più conservatrici della società, e formalistico della corrente positivista della fine dell'Ottocento.

In questo contesto storico e culturale, Binding, sottopose nuovamente a critica la *Rechtsverletzungstheorie* illuministica con argomenti che riecheggiavano quelli già impiegati dai positivisti moderati, sottolineando in particolare che dalla concezione del delitto come violazione di un diritto soggettivo derivava come implicazione necessaria il diniego di una autonomia del diritto penale, che finiva per ridursi a mero dispositivo sanzionatorio rispetto alla violazione di norme appartenenti ad altre branche dell'ordinamento, in cui, appunto, tali diritti erano sanciti. Siffatta impostazione, tuttavia, era evidentemente contraddetta dall'assetto vigente del diritto positivo dell'epoca in cui il diritto penale operava tendenzialmente in modo indipendente rispetto a specifiche determinazioni provenienti da altri settori del diritto⁴⁴.

Dunque, nella *pars construens* della propria riflessione, Binding propose una concezione di reato pienamente positivista, come violazione colpevole di una norma penale. Al fine di riempire di contenuto tale nozione formale, il giurista tedesco recuperò il concetto di bene a cui però attribuì la veste "giuridica" con cui è stato tramandato nella tradizione penalistica successiva. Il significato di tale caratterizzazione si rinviene nella definizione del concetto fornita da Binding secondo il quale era tale «tutto quello che, *agli occhi del legislatore*, assume valore come condizione di una vita sana della comunità giuridica, alla cui immutata e pacifica conservazione quest'ultima ha interesse secondo la propria visione e che per questo mira a proteggere mediante le sue norme da danni o esposizioni a pericolo indesiderate»⁴⁵.

È evidente la svolta giuspositivistica, nella declinazione formalistica alla cui corrente aderiva Binding, e al contempo, l'elisione della funzione critica, intesa come

⁴⁴ F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*³, Torino, 2005, 27.

⁴⁵ K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung : eine Untersuchung uber die Rechtmassige Handlung und die Arten des Delikts*, traduzione in G. Fiandaca a pag. 20

limitatrice della potestà punitiva, di una simile riformulazione del concetto. Ruolo centrale nella selezione dei beni giuridici tutelabili è svolto infatti dal legislatore, la cui valutazione prescinde da qualsivoglia criterio prepositivo. È stato dunque osservato come, con questa riformulazione, si accentuò la funzione interpretativa e dogmatico-sistemica del concetto, in netto discapito rispetto a quella critica⁴⁶.

Un ritorno ad una concezione prepositiva del bene giuridico si ebbe con il pensiero di Frantz Von Listz, considerato il padre della moderna teoria del reato. Il contributo di Von Listz alla rifondazione della scienza penale, all'insegna dell'ormai imperante positivismo giuridico, che, nel giurista si tradusse in naturalismo scientifico, è incommensurabile⁴⁷. Sono ormai patrimonio immateriale del penalista le sue riflessioni sul diritto penale come *Magna Charta* del delinquente, ossia l'idea per cui «il diritto penale è il limite invalicabile della politica criminale», con cui si realizza una pregevole teoria di pesi e contrappesi, attraverso la reciproca limitazione tra una politica criminale concepita come uno strumento di lotta contro il crimine e difesa sociale e un diritto penale garantista, fondato sul principio di legalità, freno di qualsiasi eccesso punitivo derivante dalle logiche preventive⁴⁸.

Altrettanto rilevante è la concezione della pena di Von Liszt in cui si manifesta appieno l'eclittismo del pensiero dell'autore, sospeso tra una funzione preventiva della stessa, consistente in tre finalità (neutralizzazione, risocializzazione e intimidazione) i cui destinatari erano individuati in tre differenti classi a cui era possibile ricondurre

⁴⁶ G. FIANDACA; *Sul bene giuridico*, cit., 19 s. In particolare, in chiave critica, l'Autore sottolinea che, in conseguenza della definizione di bene giuridico individuata da Binding, tale categoria «in concomitanza col consolidarsi della mentalità tipica del positivismo giuridico (attenta più al diritto così com'è, che non a come esso dovrebbe essere) [...] verrà utilizzata sempre meno in chiave di legittimazione critica delle norme penali: e sempre più, invece, come concetto tecnico interno al diritto positivo», con funzione essenzialmente dogmatica e interpretativa. P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, cit., 53.

⁴⁷ E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico*, cit, 19 ss.

⁴⁸ M. DONINI, *Diritto Penale. Parte generale*¹, I, cit., 531 ss. Liszt tracciò una netta distinzione tra scienze della natura e scienza penale, la quale si occupa della organizzazione sistemica di norme giuridiche; pertanto, non si occupa dello studio del fatto inteso come avvenimento della realtà e delle cause del crimine. Quel compito è affidato alle scienze sociali, come l'antropologia e la sociologia criminale e la psicologia, ossia scienze empiriche, che insieme alla scienza penale devono costituire una scienza penale integrata, fornendo le prime a quest'ultima gli elementi empirico-materiali per la sistemazione di un ordinamento giuridico che possa più efficacemente esplicitare la propria funzione di lotta al crimine.

ciascun reo. La funzione retributiva, come inflizione di un male uguale e contrario a quello perpetrato dal soggetto agente, fu respinta e duramente criticata da Von Liszt nella sua concezione puramente etico-razionale, giusta in quante tale senza mirare ad alcuno scopo, poiché il suo accoglimento non consentiva di individuare alcun parametro soddisfacente per la definizione della misura di pena. Tuttavia, il giurista di Marburgo recuperò tale concezione in connubio con quella preventiva, riflettendo ancora una volta l'idea che solo superando la contrapposizione tra le due, si potesse ricostruire un sistema penale efficace, utile, ma garantisco e rispettoso degli spazi di libertà dei consociati.

Proprio dalla sua teoria della pena e dall'idea di scopo, Von Liszt trasse una nozione di bene giuridico inteso come *Grenzbegriff* o «concetto di confine», ossia posto sul limine tra l'ambito giuridico, dunque logico-formale, e l'ambito reale, naturalistico, quindi scientifico-materiale⁴⁹. Attraverso il bene giuridico, le istanze del mondo naturale penetravano nell'asettica sfera giuridica sottoforma di scopi perseguiti. Proprio in virtù di questa appartenenza al mondo reale e della loro concezione in chiave teleologica, Liszt parve recuperare una nozione materiale e prepositiva dell'oggetto della tutela, che più che bene preferì definire come un interesse vitale per l'individuo e la collettività che lo persegue quale condizione necessaria alla propria sopravvivenza⁵⁰.

Muovendo da tale premessa, Liszt sviluppò una netta distinzione tra l'interesse giuridicamente tutelato dal reato, o *Schutzobjekt (Rechtsgut)*, appartenente al mondo normativo e, dunque sottratto alla leggi della causalità, e quella che definì come la sua incarnazione (*Verkörperung*) naturalistica, ossia l'oggetto materiale dell'azione, c.d. *Tat-Objekt*, che in quanto referente dell'azione di cui il Von Liszt sosteneva una

⁴⁹ K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., 84 s. L'idea di fondo di Von Liszt consisteva nel ritenere che fosse non l'ordinamento giuridico, bensì la vita stessa a creare i beni giuridici o, come da lui definiti, gli interessi tutelati dalla norma penale. Come è osservato dall'Autore, si tratta di una conclusione sorprendente per un positivista; Von Listz si affrettò a precisare che in caso di contrasto tra anti-giuridicità formale e materiale, il giudice doveva rimanere vincolato alla legge.

⁵⁰ P. SINA, *Die Dogmengeschichte*, cit., 51 ss. Von Liszt evidenzia una distinzione tra i concetti di interesse e bene giuridico, definendo il primo come un concetto relazionale, ossia il valore che il verificarsi o il non verificarsi di un cambiamento specifico ha per la persona interessata, mentre il secondo come ciò per cui quel cambiamento ha valore.

concezione naturalistica, non poteva che essere entità del mondo biofisico⁵¹. Tale distinzione ebbe rilevantissime conseguenze per la successiva evoluzione del concetto di bene giuridico, particolarmente negli anni a cavallo tra le due guerre mondiale e nella disputa tra neokantiani⁵² e nazionalsocialisti. È proprio ad essa, infatti, che parte della dottrina ricondusse la causa della successiva spiritualizzazione del concetto di bene giuridico ad opera principalmente dei neokantiani, fautori di un concetto immateriale e culturale dello stesso, aperto all'integrazione del dato normativo-legale da parte di giudizi di valore, che non fu in grado di arginare il successivo avvento dell'ideologia irrazionale ed eticizzante propria del totalitarismo⁵³.

⁵¹ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Sassari, 1980, 99 ss. P. SINA, *Die Dogmengeschichte*, cit., 53.

⁵² N. ABBAGNANO, *Dizionario di Filosofia*, II, Torino, 1971, 616. Nell'ambito della corrente neokantiana, è celebre la distinzione tra la Scuola di Marburgo e la Scuola di Baden. Secondo l'impostazione neokantiana, la filosofia deve rinunciare alla metafisica e limitarsi ad una riflessione critica sulla scienza; la validità della conoscenza va considerata indipendentemente dai processi psicologici mediante i quali viene acquisita; e, infine, l'analisi delle strutture scientifiche consente di risalire alle condizioni soggettive che ne rendono possibile la formulazione.

⁵³ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 67 ss. L'Autore ricostruisce il concetto culturale di bene giuridico come la trasformazione del reato da fatto contrario a interessi a fatto contrario a valori culturali, ricondotta all'opera di Max Ernst Mayer, e sottolinea come a tale prima fase dello sviluppo del concetto culturale ne seguì una seconda in cui «irrupero definitivamente sulla scienza le correnti filosofiche irrazionali e il sistema di valori, in fondo aperto, del periodo di Weimar si chiude e si assolutizza in entità mitiche e ineffabili». Parla di ruolo preparatorio svolto dal neokantismo nei confronti del decisionismo nazionalsocialista, A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, 119, seppur esprimendosi contro la costruzione di genealogie ideali astratte (p. 43). Più sfumata la posizione di A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale*, Torino, 2019, 206. «In definitiva, il neokantismo ebbe sicuramente il merito di favorire l'affinamento dell'analisi degli elementi del reato, conferendo una rinnovata veste teorica alla separazione tra essere e dover essere: marchio tipico anche se non esclusivo della sua filosofia. Ciò può costituire ancora oggi motivo di apprezzamento e rivalutazione di questo indirizzo. A patto però di aggiungere che, come movimento complessivo di pensiero, esso ebbe la grave responsabilità di non cogliere il valore problematico di questa prospettiva; anzi, progressivamente, condivise la direttrice ontologizzante intrapresa da correnti di pensiero estranee ad una dogmatica razionale. In tal senso, più che una scissione dalla realtà, il vizio del neokantismo fu il non aver percepito che la dimensione dell'essere s'insinuava nelle sue strutture di pensiero senza alcuno schermo critico». Adesivamente, nonché a favore di una lettura differenziata, che colga la grande varietà di accenti tra i diversi autori che si riconducono alla sfaccettata corrente neokantiana, M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*¹, I, cit., 434 ss.

3. Dal tecnicismo giuridico alla rinascita della teoria del bene giuridico nella stagione del Costituzionalismo del secondo dopoguerra.

Conclusosi il secondo conflitto mondiale, sia in Germania⁵⁴ che in Italia, seppur con cadenze e modalità differenti, il concetto di bene giuridico rappresentò il catalizzatore della ponderosa attività di ricostruzione di un diritto penale imbevuto dall'asprezza sanzionatoria e dal soggettivismo, frutto della penetrazione anche in questo ambito, seppur secondo modalità e con esiti differenti, dell'ideologia propria dello Stato fascista e del Nazionalsocialismo. Com'è noto, in Italia, ciò si tradusse nello sviluppo di un diritto penale *costituzionalmente orientato*, la cui più celebre formulazione si deve a Franco Bricola. Antecedenti della genesi dell'orientamento costituzionale furono le opere di giuristi quali Giuseppe Bettiol, Pietro Nuvolone e Marcello Gallo⁵⁵.

Concentrando l'attenzione sullo stato della dottrina penalistica italiana nei primi anni del secondo dopoguerra, è imprescindibile un riferimento all'orientamento noto come tecnicismo giuridico, affermatosi invero già nei primi anni del Novecento, la cui paternità è ampiamente riconosciuta ad Arturo Rocco che ne illustrò una chiara e integrale formulazione nella nota prolusione sassarese⁵⁶. In estrema sintesi e con particolare riferimento all'oggetto della presente trattazione, l'illustre penalista rivolse una critica all'acceso confronto tra la Scuola classica e quella positiva, allora al centro del dibattito penalistico, affermando che per restituire alla scienza giuridica del diritto

⁵⁴ In Germania, la riscoperta del bene giuridico quale oggetto di studio e il rinnovato sforzo di concettualizzarlo sulla base di diverse prospettazioni teoriche, di stampo costituzionalistico o sociologico, si è collocata, in particolare, nell'ambito della riforma dei reati sessuali e dei reati contro la religione. V. G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in A. M. STILE, a cura di, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 5-6. Afferma il centrale ruolo programmatico della teoria del bene giuridico nel Progetto Alternativo del Codice penale tedesco del 1966, che sanciva il ruolo della pena e delle misure di sicurezza nella tutela dei beni giuridici alla sez. 2, par. 1, nonché l'influenza da essa esercitata nella successiva decriminalizzazione delle relazioni omosessuali tra adulti, C. ROXIN, *La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?*, in E. MONTEALEGRE LYNETT, a cura di, *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, I, Bogotá, 2007, 65-66.

⁵⁵ M. DONINI, *Diritto penale*, cit. 440 ss.n

⁵⁶ A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. Prelezione al corso di diritto e procedura penale*, Università di Sassari, 1910, *passim*.

penale il carattere e la dignità di scienza, essa andava depurata da “contaminazione” derivanti dall’apporto delle altre scienze sociali, quali l’antropologia e sociologia criminale. Per fare ciò, era necessario limitare con chiarezza l’ambito di studio di questo sapere al solo diritto positivo vigente, lasciandosi alle spalle ogni pulsione giusnaturalistica o universalistica, oltre che, appunto, le già menzionate discipline sociologiche.

Tale impostazione ebbe rilevanti implicazioni rispetto al concetto di bene giuridico, che, per quanto non rinnegato o espunto nella concezione di Arturo Rocco, fu però sottoposto ad un processo di formalizzazione e pubblicizzazione⁵⁷. Egli, infatti, individuò la definizione di bene giuridico attraverso la distinzione tra i concetti di oggetto del reato e oggetto della tutela giuridico penale⁵⁸, che si rifletteva in quella tra oggetto sostanziale (a sua volta ripartito in generico e specifico) e oggetto formale del reato. Da tale categorizzazione si ricava la nozione di interesse o bene giuridico, da intendersi come «ogni interesse, in senso psicologico, individuale o collettivo, il quale coincidendo con l’interesse dello Stato alla propria conservazione, che il diritto penale tutela nella forma di un diritto soggettivo pubblico dello Stato (diritto all’obbedienza) viene anch’esso per conseguenza penalmente protetto [...]»⁵⁹.

Emerge plasticamente la già menzionata pubblicizzazione e formalizzazione del bene giuridico, laddove l’autore si premurò di precisare ancora volta che non si aveva nessun interesse giuridico di un soggetto, senza interesse e diritto dello Stato, né si aveva interesse giuridico senza una norma giuridica di diritto penale⁶⁰. Si diffuse così nella dottrina penalistica italiana, non senza alcune voci fuori dal coro, una nozione metodologica di bene giuridico, spogliato di qualsivoglia funzione di limite della

⁵⁷ A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale*, Napoli, 2006, 31 ss., 189 ss.

⁵⁸ A. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano, 1913, 553 ss. In particolare, l’oggetto della tutela giuridico penale veniva sostanzialmente equiparato all’oggetto sostanziale, differenziandoli esclusivamente la prospettiva temporale, rispettivamente anteriore e posteriore alla legge penale, e la veste, pre-giuridica nel primo caso e giuridica nel secondo, in cui i due concetti venivano colti.

⁵⁹ *Ibidem*, 563

⁶⁰ *Ibidem*, 564.

potestà legislativa e dotato esclusivamente di una funzione sistematico-descrittiva⁶¹, che finì per identificarlo o con la ratio della norma⁶², o, addirittura, con il contenuto stesso della tutela penale⁶³.

3.1. (Segue) La teoria costituzionale del bene giuridico di Franco Bricola: contenuti e critiche.

Conclusasi l'esperienza fascista, durante gli anni Sessanta e Settanta del Novecento, come già accennato, Franco Bricola sviluppò la propria teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata, fondata sull'idea che i beni giuridici a cui il legislatore può legittimamente apprestare tutela penale, siano solo quelli che, se pure non di rango equivalente al valore su cui maggiormente incide la sanzione penale, ossia la libertà personale sancita dall'art. 13 della Costituzione, almeno siano dotati di rilevanza costituzionale⁶⁴. A partire da tale nucleo essenziale, la teoria si espanse, precisando il concetto di rilevanza costituzionale declinato secondo un paradigma "forte", quindi non semplicemente a significare «una non antitetività del bene rispetto a Costituzione, bensì assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti

⁶¹ Sulla concezione metodologica del bene giuridico, v. T. PADOVANI, *Diritto Penale*¹³, Milano, 2023, 106 s, «concezione "metodologica" perché le sue basi concettuali poggiano sulla premessa che soltanto il metodo della considerazione strettamente giuridico-positiva consente di comprendere e definire il "bene giuridico», D. PULITANÒ, *Diritto penale*¹⁰, Torino, 2023, 80 s. Tra le più celebri definizioni della concezione metodologica da parte di uno dei suoi teorizzatori, quella di R. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, Lipsig, 1919, 94, in F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, cit., 25, secondo cui per bene giuridico «niente altro si vuole intendere che lo scopo assegnato dal legislatore alle singole disposizioni penali»

⁶² A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, cit., 580. Sull'impronta teleologica impressa al bene giuridico dalla concezione metodologica, che ne fece uno strumento del pensiero giuridico per un'interpretazione delle norme secondo lo scopo per cui venivano ad essere poste, v. D. SANTAMARIA, *Per una storia del bene giuridico*, in *Studi Senesi*, 1964, 306.

⁶³ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, cit. 33 ss. In generale, su queste concezioni del bene giuridico v. anche V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico e parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 25 ss.

⁶⁴ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* (voce), in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1973, ora anche in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, a cura di, *Scritti di diritto penale*, I, Milano, 1997, 565 - 566.

dalla Carta costituzionale»⁶⁵. Da quest'ultimo passaggio si ricava peraltro l'ampia nozione di beni di rilevanza costituzionale accolta dalla teoria bricoliana, concernente non solo i beni esplicitamente riconosciuti nel testo della legge fondamentale, ma anche quelli da esso indirettamente ricavabili⁶⁶.

Sulla scorta di tale riscoperta del bene giuridico e della rinnovata funzione critica che esso poteva esercitare nel contesto di un diritto penale dal volto costituzionale, si avviò una stagione fruttuosa per la concettualizzazione del principio di offensività, ritenuto il prodotto più autentico della riflessione dottrinale italiana, che, com'è noto, se è debitrice dei pensatori d'Oltralpe in ambito dogmatico, trova la sua cifra caratteristica nell'aver il proprio oggetto nello studio dei principi⁶⁷.

Infatti, diretta conseguenza dell'impostazione bricoliana che individuò nella Costituzione l'aggancio normativo e la tavola di valori, attraverso cui risolvere l'annosa questione dell'individuazione di criteri chiari per poter identificare i beni giuridici meritevoli di tutela, consentendo così al concetto di esercitare la sua funzione critica e liberale, è costituita dal fatto che il principio di offensività «da principio argomentativo di mero indirizzo di politica criminale viene assunto a principio in grado di fondare un giudizio di legittimità costituzionale sulle scelte di incriminazione fatte dal legislatore»⁶⁸.

Da tali premesse teoriche furono derivati ulteriori corollari. Innanzitutto, il principio di *extrema ratio*, in base al quale il diritto penale era da intendersi come strumento a cui ricorrere per la sola tutela dei beni giuridici di rango costituzionale, esclusivamente

⁶⁵ *Ibidem*, 568. Per una magistrale sintesi della teoria di Bricola e, in particolare, per la distinzione tra l'approccio da essa adottato, che identificava la Costituzione non come mero limite, ma come fondamento per il diritto penale, in antitesi con la ricostruzione del suo maestro Pietro Nuvolone, per il quale «dalla Costituzione discendono per il legislatore penale, solo limitazioni in negativo, desunte, fondamentalmente, dal diagramma delle libertà costituzionali», V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 66 ss.

⁶⁶ A cui si aggiungono i diritti consacrati in convenzioni internazionali e quelli richiamati attraverso la clausola aperta dell'art. 2, Cost, nonché i valori, di per sé privi di rango costituzionale, ma legati ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 568.

⁶⁷ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 1, 55.

⁶⁸ C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁴, Milano, 2023, 58.

nel caso in cui non fossero a disposizioni alternative meno lesive del diritto alla libertà personale. Inoltre, poiché il reato veniva definito sul piano sostanziale come «fatto lesivo di un valore costituzionale la cui significatività si riflette sulla misura della pena», veniva enucleato il parametro per individuare l'entità della pena e il grado di anticipazione della soglia di punibilità, con riferimento alla tecnica di tutela adottabile, di danno o di pericolo, a presidio del bene giuridico di volta in volta considerato, proprio in base al rango occupato dal bene stesso nella scala gerarchica scolpita dalla carta costituzionale⁶⁹.

Tuttavia, la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, pur avendo esercitato una profondissima influenza nella dottrina penalistica italiana, sollevò, fin dal momento della sua nascita, innumerevoli critiche da parte di diversi suoi illustri esponenti. Nel tentativo di condensare in poche battute, e quindi inevitabilmente semplificare, un dibattito tanto articolato, si può evidenziare che le principali controargomentazioni rispetto alla teoria si raccolgono intorno a due poli opposti⁷⁰.

Da un lato vi è chi ritiene che la stessa restringa eccessivamente il novero dei beni giuridici a tutela dei quali sia legittimamente possibile azionare il presidio penale, così producendo una duplice indesiderabile conseguenza. In primo luogo, quella di lasciare sprovvisti di protezione altri oggetti meritevoli di tutela, che pure non rientrino nel concetto di rilevanza costituzionale enunciato dall'illustre maestro bolognese, riducendone il novero ad uno statico ed immutabile catalogo chiuso⁷¹, influenzato dall'epoca storica e dall'esperienza dei suoi compilatori, quindi necessariamente esposto ad una progressiva obsolescenza⁷². In secondo luogo, tale teoria apporrebbe

⁶⁹ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 17 ss.

⁷⁰ V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 67 ss.

⁷¹ Con particolare riferimento alla problematicità della concezione della Costituzione come «mondo di valori di per sé validi e ordinati», i quali «sostituendosi alla legittimazione delle decisioni politiche tramite il processo democratico, [...] legittimano se stessi su un piano di principio, con una pretesa di validità o vigenza che tende ad eludere controlli di realtà ed anche confronti razionali fra posizioni di uguale dignità», v. D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A. M. STILE, a cura di, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 158-159.

⁷² A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*², Milano, 1980, 220; «E' necessario, infatti, lasciare una certa elasticità alla manovra del legislatore ordinario, in relazione alla possibilità che sorgano esigenze di prevenzione generale e speciale che al tempo della Costituzione non erano neppure prevedibili».

limiti eccessivi alla discrezionalità che spetta al legislatore in un ordinamento democratico, fondato sul principio di legalità, e, specificamente, sulla riserva di legge, nello scegliere quando ricorrere all'opzione penale, limitazione che, peraltro, non troverebbe un aggancio costituzionale sufficiente nell'operazione ermeneutica di interpretazione sistematica dell'art. 13 Cost insieme agli art. 25, comma secondo e 27 del testo costituzionale⁷³.

Dall'altra, vi è chi argomenta nel senso di una eccessiva vaghezza dell'oggetto giuridico di tutela penale così ricostruito, sia perché fondato sul riferimento a norme costituzionali, dal carattere intrinsecamente aperto e generico, sia in quanto erano inclusi nel novero dei beni giuridici di rango costituzionale anche i beni solo implicitamente riconosciuti dalla Costituzione⁷⁴. Di conseguenza, essi costituirebbero punti di ancoraggio eccessivamente indeterminati per consentire al bene giuridico di tornare ad esercitare quella funzione critica, limitativa della potestà legislativa, di cui il tecnicismo giuridico aveva preteso di spogliarlo⁷⁵.

Questa considerazione è anche alla base della riflessione di coloro che dubitano che il bene giuridico costituzionalmente orientato possa fungere da referente sufficientemente solido per il principio di offensività. Nei cinquant'anni seguiti alla

⁷³ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 220; G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., 15. Più specificamente, l'obiezione si fonda sul fatto che l'art. 13 Cost., riguarderebbe la tutela della libertà personale nei confronti di tutte le forme di compressione, non solo quelle discendenti dall'inflizione della sanzione penale, e, in modo particolare, sarebbe riferibile alla tutela nei confronti dell'autorità amministrativa. Il tema della protezione della libertà dei consociati dallo strumento penalistico sarebbe, invece, esclusivamente oggetto, degli art. 25 e 27 Cost. Precisano ulteriormente gli autori citati che, qualora i Costituenti, avessero voluto prevedere un limite così forte alla discrezionalità del legislatore, lo avrebbero certamente esplicitato a chiare lettere.

⁷⁴ M. ROMANO, *Pre-Art. 39*, in, ID, *Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano, 1987, 263.

⁷⁵ F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*¹², CEDAM, 2023, laddove, se dà un lato si muove il rilievo critico per cui «il bene giuridico, costituzionalmente orientato, non offre “magiche soluzioni” al problema della tutela penale, per le incertezze e polivalenze della stessa Costituzione, non essendo essa un “catalogo di beni” e non essendo idonea, come sistema chiuso, a recepire nuovi beni emergenti, tuttavia si riconosce che in virtù del « carattere “rigido” e “garantista-personalistico” della medesima, tale bene costituisce pur sempre un poderoso strumento per la ricostruzione della Parte speciale del diritto penale, segnandone le “diretrici di fondo”». Stesso monito circa il fatto che la costituzione non è una tavola logaritmica che consenta sveltamente di trovare soluzioni e risultati, né un deus ex machina che conduca per mano all'epilogo desiderato, pur nella cornice di un cauto ottimismo sull'approccio costituzionale al bene giuridico, si trova in F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 144.

prima formulazione della teoria, il dibattito non si è mai assopito, anzi, si è rinfocolato a seguito delle criticità emerse con l'incremento della magnitudo e portata dei rischi potenzialmente connessi alla condotta umana, a fronte dei quali è stata osservata una espansione del diritto penale e, in particolare dei reati di pericolo astratto o presunto, non in grado di essere frenata da una categoria duttile e manipolabile come il bene giuridico, portata anzi a far emergere sempre nuovi oggetti di tutela⁷⁶. Questo ha spinto alcuni autori a proporre un superamento del paradigma, o traendo spunto dalla differente teoria dell'*harm principle*, elaborata nel contesto anglosassone, proponendola come più efficace in funzione critico-limitativa rispetto alle prospettazioni nostrane⁷⁷, ovvero, prendendo parzialmente ispirazione dalla vecchia teoria del delitto come violazione di diritti soggettivi, proponendo una concezione dell'oggetto del diritto penale, limitato ai soli diritti fondamentali⁷⁸.

In contrapposizione a tali punti di vista più o meno marcatamente scettici nei confronti della perdurante attualità del concetto in parola, si sono levate, anche di recenti, voci in favore di esso, alcune sostenenti la capacità del bene giuridico costituzionale di svolgere il ruolo a cui lo stesso Bricola lo aveva destinato, di limite alla potestà legislativa, altre che sottolineano la sua perdurante utilità, sul piano interpretativo e dogmatico e ammoniscono contro la frettolosa archiviazione di uno dei concetti che, nonostante le carenze e lacune più volte evidenziate, ha costituito un architrave della reinterpretazione del diritto penale a partire dal secondo dopoguerra, plasmando la *forma mentis* ed il metodo di ricostruzione delle norme impiegato dai giuristi fino ai giorni nostri⁷⁹.

⁷⁶ A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., 92 ss.

⁷⁷ G. FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2015, *passim*; contra G. FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1518 ss. E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico*, cit., 160 ss, 172 ss.

⁷⁸ T. HÖRNLE, "Rights of Others" in *Criminalisation Theory*, in AP SIMESTER, A. DU BOIS-PEDAIN, U. NEUMANN, a cura di, *Liberal Criminal Law Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, Hart Publishing, 2014, 170 ss.

⁷⁹ A. CADOPPI, *Il reato penale. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 153 ss. Con cadenze diverse, sul tema anche, M. Donini,

4. Conclusioni parziali sui limiti della teoria del bene giuridico.

Fino a qui è stata ricostruita, per grandi direttrici, l'evoluzione del concetto di bene giuridico, assumendolo come snodo teorico decisivo per interrogare la legittimazione della scelta di incriminare. L'analisi ha mostrato come la nozione sia stata costantemente attraversata da tensioni strutturali tra descrizione e critica, tra esigenza di fondare la punibilità su un oggetto di tutela e rischio di trasformare tale oggetto in un referente sempre adattabile. Proprio per questo, il bene giuridico è stato osservato non soltanto nella sua funzione dogmatica, ma soprattutto nella sua attitudine, o nella sua inidoneità, a operare quale limite effettivo alla potestà punitiva.

Lo spartiacque iniziale è stato individuato nella filosofia illuministica, che, separando diritto e morale e valorizzando la libertà, pose le basi per una concezione del diritto penale come *extrema ratio*. In tale cornice, la dannosità sociale e l'idea della minima coercizione indispensabile orientarono la selezione delle condotte penalmente rilevanti, ancorando il reato all'offesa di diritti soggettivi altrui e subordinando la pena a criteri di necessità e proporzione. Già in questa fase emerge, peraltro, la domanda che attraversa l'intero capitolo; quali interessi possano dirsi meritevoli di tutela penale e con quali criteri sia possibile restringere, in modo non arbitrario, la sfera dell'incriminazione.

La genesi della teoria del reato come offesa a un bene giuridico è stata quindi ricondotta alla riflessione di Birnbaum, che, criticando la categoria della violazione di diritti, propose di guardare ai "beni" come realtà concretamente aggredibili dall'illecito. La distinzione tra beni individuali e beni sociali consentiva di spiegare l'estensione del diritto penale aprendo la via a una tutela di interessi collettivi e diffusi. Proprio qui, tuttavia, si è evidenziata una prima criticità; la vaghezza del concetto e la sua capacità espansiva, che può trasformare una categoria nata con pretese limitative in un contenitore idoneo a sostenere, di volta in volta, scelte incriminatrici anche molto eterogenee.

Con Binding, tale tensione si accentua in senso giuspositivistico. Il bene giuridico viene ricostruito come prodotto della norma; è bene ciò che l'ordinamento decide di proteggere, e il reato si esaurisce nella violazione colpevole del comando. Il concetto acquista così una funzione ordinatrice e descrittiva, ma perde la propria vocazione critica, perché non offre più un criterio esterno per valutare la legittimità della criminalizzazione. In questo snodo, il capitolo ha mostrato come la pretesa di fondare la punibilità su un oggetto di tutela possa ridursi, paradossalmente, a un rafforzamento della sovranità legislativa, rendendo il bene giuridico un riflesso, e non un limite, della scelta di incriminare.

La rifondazione di Von Liszt recupera invece una prospettiva sostanziale, riconnettendo il bene giuridico agli interessi sociali prepositivi e concependolo come "concetto di confine" tra società e diritto. Questa impostazione tenta di restituire al concetto un ruolo di selezione, ma non elimina del tutto il problema del passaggio dall'interesse al bene giuridico, e dunque dei criteri con cui operare tale trasformazione. Il capitolo ha poi mostrato come, nella stagione del tecnicismo giuridico, la funzione limitativa del bene giuridico sia stata ulteriormente indebolita; l'accento sulla sistemazione formale e sulla pubblicizzazione della tutela tendeva a consolidare una lettura sostanzialmente interna al sistema, meno attenta ai profili di legittimazione esterna dell'incriminazione.

Nel secondo dopoguerra, la rinascita del concetto si è intrecciata con il costituzionalismo e con l'esigenza di rifondare il diritto penale su basi assiologiche e garantiste. In tale contesto, la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, e in particolare l'impostazione di Bricola, ha rappresentato l'approdo più influente; la tutela penale è giustificata solo in quanto funzionale alla protezione di beni e interessi di rilievo costituzionale, e il principio di offensività assume il compito di sorreggere un controllo sulla scelta di incriminare. L'ambizione è quella di convertire il bene giuridico in un parametro di legittimazione e, al contempo, in una garanzia per la libertà.

È proprio questa ambizione a far emergere le criticità più rilevanti. Da un lato, il riferimento alla Costituzione può apparire eccessivamente selettivo, poiché rischia di restringere la tutela penale anche in presenza di interessi socialmente significativi ma non “tipizzati” sul piano costituzionale. Dall’altro lato, esso può rivelarsi troppo ampio e indeterminato, poiché i valori costituzionali sono plurali, spesso in tensione, e non offrono sempre un criterio univoco di selezione. In tal modo, il bene giuridico costituzionale rischia di oscillare tra rigidità e vaghezza; o non consente di reagire a nuove forme di offesa, o diviene un’etichetta capace di legittimare quasi ogni opzione politica, indebolendo il suo stesso ruolo di limite.

Invero, la difficoltà di selezionare a monte interessi meritevoli di tutela penale diviene particolarmente evidente in ordinamenti caratterizzati da cataloghi ampi di diritti e principi, inevitabilmente destinati a entrare in conflitto. In questi contesti, l’operazione di individuazione del bene protetto e di valutazione della sua lesione si intreccia con scelte di bilanciamento tra valori, assumendo un carattere spiccatamente valutativo. È su questo terreno che il principio di offensività, fondato sul bene giuridico costituzionale, ha dato prova non sempre convincente come strumento di sindacato delle scelte di incriminazione: esso tende a risentire della complessità, e talora dell’impraticabilità, di una selezione sostanziale *ex ante*, specie quando la tutela si rivolge a beni collettivi, diffusi o “di contesto”.

È anche per queste ragioni che la trattazione del bene giuridico svolge una funzione preparatoria rispetto ai paragrafi successivi. Essa prepara la scena e consente di comprendere perché una parte della dottrina abbia progressivamente valorizzato il principio di proporzionalità, anche nella sua declinazione quale proporzionalità delle scelte di incriminazione. A differenza dell’offensività, che tende a fondarsi su una selezione sostanziale degli interessi meritevoli di tutela e dunque si espone alle aporie connesse al pluralismo e al conflitto tra valori costituzionali, la proporzionalità propone un criterio relazionale; interroga la congruità tra mezzo normativo e finalità pubblica perseguita. In tal modo, il controllo può articolarsi secondo passaggi più giustiziabili, come l’idoneità, la necessità e l’adeguatezza in senso stretto, rendendo

più maneggiabile l'intervento di una Corte costituzionale nel sindacato sulle opzioni punitive del legislatore.

In questa prospettiva, la successiva trattazione potrà muovere da un quadro concettuale già chiarito e, soprattutto, da una consapevolezza matura dei limiti delle diverse strategie di legittimazione del penale. Se la teoria del bene giuridico consente di mettere a fuoco l'oggetto della tutela e la fisionomia dell'offesa, il principio di proporzionalità assume la funzione di verificare se, rispetto a quel medesimo oggetto, l'intervento penale rappresenti una risposta razionalmente giustificata e non eccedente. Il passaggio non implica l'abbandono del bene giuridico, ma il suo inserimento entro un test più ampio, in cui la scelta di incriminare viene scrutinata anche alla luce della congruità degli strumenti, dell'assenza di alternative meno afflittive e dell'equilibrio tra sacrificio imposto e finalità perseguita. È su questo terreno, più strutturato e più facilmente traducibile in argomenti controllabili, che i paragrafi a seguire cercheranno di esplorare la capacità del giudizio di proporzionalità di operare quale limite alle scelte di incriminazione, esaminando le principali ricostruzioni dottrinali sul tema.

5. Il principio o i principi di proporzionalità? La dicotomia tra proporzionalità retrospettiva e prospettica.

Nella maggior parte della ricostruzione dottrinale sul principio di proporzionalità si tende ad imbattersi in una fondamentale dicotomia; quella tra la proporzionalità retrospettiva e la proporzionalità prospettica⁸⁰.

Esistono varietà di accenti in merito finanche alla terminologia per individuare le due anime della proporzionalità, così come circa la questione dell'effettiva rilevanza di questa stessa distinzione. Vi è chi ritiene che essa sia imprescindibile, insieme punto di partenza e stella polare di qualsiasi trattazione del principio di proporzionalità, al

⁸⁰ *Ex multis*, P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stoccolma, 188 ss., 193 ss. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2020, passim.

punto che sarebbe effettivamente corretto parlare di due principi di proporzionalità, ciascuno dei quali dotato di un preciso e ben circostanziato campo di applicazione.⁸¹

Altri che, con diversi gradi di adesione, pur riconoscendo la validità della dicotomia, ne circoscrivono la rilevanza soprattutto al piano descrittivo. Essa costituirebbe infatti un utile «*analytical framework*» per impostare la discussione sulla proporzionalità, le sue potenzialità e le possibili soluzioni ai suoi aspetti critici, ma non dovrebbe essere esagerata o, comunque, intesa in termini troppo netti⁸². Questo perché, secondo alcuni, benché esistano una varietà di metodologie per implementare il principio di proporzionalità, i suoi elementi costitutivi e il suo «*conceptual core*» rimarrebbero invariati. Altrove, invece, si ritiene che l'importanza della distinzione non sia da sopravvalutare, soprattutto perché «*the two approaches derive from the same principle and are closely related, using partly the same tools to measure proportionality, for example, the notions of de minimis and appropriateness*»⁸³. Tesi, quest'ultima, confliggente con la differente ricostruzione della dottrina italiana che più recentemente si è occupata della materia.

In che cosa consistono, dunque, queste due differenti declinazioni del principio di proporzionalità? Sul punto sembra di poter affermare che un consenso di massima sia stato raggiunto.

La proporzionalità retrospettiva è una forma di proporzionalità che guarda al passato, per questa definita anche proporzionalità *backward-looking*. Si tratta della declinazione tipicamente impiegata in ambito penalistico, utilizzata in particolare per commisurare la severità della pena alla gravità del fatto commesso, appunto, nel

⁸¹ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 239 ss, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione iningerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 233 ss, J. DŁUGOSZ, *The principle of Proportionality in EU Law as a Prerequisite for Penalisation*, in *Adam Mickiewicz University Law Review*, 2017, 290.?

⁸² E. BILLIS, N. KNUST, J. P. RUI, *The Typology of Proportionality*, in Id (eds.) *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart Publishing, 2021, 16.

⁸³ T. ELHOLM, *The Emotional Component of Proportionality*, in E. BILLIS, N. KNUST, J. P. RUI, (eds.) *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart Publishing, 2021, 80.

passato. Si tratta di un concetto strettamente legato alle classiche teorie della pena, rappresentando in particolare il precipitato secolare della teoria retributiva⁸⁴.

Invero, l'idea che il principio cardine della commisurazione della pena fosse quello della proporzionalità della stessa rispetto al fatto compiuto dall'autore è sempre stato l'elemento comune, o comunque, l'esito di questo filone della teorizzazione sulla pena; ciò, a partire dalla riformulazione kantiana della legge del taglione, passando per la concezione del reato come ingiusto vantaggio che il reo si procura in sleale concorrenza rispetto al resto dei consociati che invece conformano il proprio comportamento alla legge, fino ad approdare alle più moderne teorizzazioni della pena come *penal censure*, come rimprovero rivolto al soggetto, il cui comportamento deve conseguentemente essere denotato da *blameworthiness*, che come tale non può che essere limitata dal (o al) *just desert* del destinatario quale criterio per l'allocatione della pena stessa⁸⁵. A fronte di tale fondamento teorico, questo principio così inteso si pone come garanzia nei confronti del reo, che non sarà strumentalizzato dagli altri fini riconducibili alla pena stessa.

La proporzionalità prospettica, invece, è stata tradizionalmente collegata alle teorie utilitaristiche o consequenzialiste della pena, che individuano il referente per determinare la misura della pena nelle possibili finalità ad essa collegabili, tendenzialmente circoscritte agli scopi general e special preventivi, di deterrenza, *rehabilitation* o rieducazione, *incapacitation* o neutralizzazione⁸⁶.

Occorre precisare, però, che l'ambito di applicazione della proporzionalità prospettica si estende ben oltre il settore penalistico, configurandosi questa come un'analisi costi benefici che parametra il tipo di misura adottata con l'obiettivo che ci si è prefissati di

⁸⁴ Per la tesi secondo cui proporzionalità retributiva e proporzionalità retrospettiva non siano sinonimi, bensì la prima costituisca soltanto una *species* della seconda, v. R. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law. Proportionality of What to What?* in E. BILLIS, N. KNUST, J. P. RUI, (eds.) *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart Publishing, 2021, 29.

⁸⁵ A. VON HIRSCH, *Doing Justice. The choice of punishment*, Boston, 1986, 45 ss, per un approfondimento della nozione di *commensurate desert*, termine peraltro preferito dall'autore al generico "proportionality" e delle sue origini filosofiche.

⁸⁶ J. ÖBERG, *Conceptualising Proportionality and Criminal Sanctions in EU Law: Three Different Visions*, in L. GROSSIO, S. MONTALDO, V. MITSILEGAS (eds.), *Proportionality of Criminal Penalties in EU Law*, Hart Publishing, 2025, 35-36.

raggiungere. Per questo motivo, tale metodologia di analisi ha trovato ampia applicazione in diversi ambiti dell'agire statale, primo fra tutti il diritto amministrativo.

Come sarà illustrato a seguire, infatti, nel diritto penale prussiano il concetto di un vaglio di proporzionalità mezzo-scopo o costi-benefici nacque proprio quale forma di controllo dell'azione di polizia, cui all'epoca, sull'onda delle scienze dello Stato nonché della rinnovata percezione del ruolo del sovrano come monarca illuminato cui era attribuito il compito di promuovere la massima felicità possibile per i sudditi, erano demandati i compiti prodromici a quella che oggi definiremmo l'attività amministrativa di uno stato che persegue obiettivi di politica sociale.

Più recentemente, anche grazie al recepimento del principio nella sua configurazione prospettica da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea e, soprattutto, della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'analisi mezzo scopo da esso implicata è stata adottata anche come criterio per il vaglio delle scelte di incriminazione, giungendo ultimamente ad essere valorizzata come tale anche nella scienza penale italiana; l'attenzione a questo modello è stata suscitata, almeno in parte, dalla profonda crisi che attraversa «lo strumentario classico del diritto penale», particolarmente il principio di offensività e il concetto di bene giuridico, afflitti da una cronica incapacità a costituire strumenti sufficientemente efficaci ed affidabili per orientare l'esercizio della potestà punitiva da parte del legislatore, e segnatamente, efficaci criteri per fondare l'attività di controllo delle scelte di incriminazione da parte del giudice costituzionale⁸⁷.

Dopo aver tracciato il quadro generale di tale distinzione, nel prosieguo della trattazione, si cercherà di approfondire i due corni del principio di proporzionalità, per

⁸⁷ Per questa espressione e prospettiva v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit. 75 ss. Vi è chi, nella dottrina italiana e straniera, ha rivolto lo sguardo anche altrove, in cerca di alternative. Vedi G. FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2015, che propone l'adozione dell'*harm principle* e, in particolare, la ricostruzione dello stesso proposta nella poderosa opera del filosofo del diritto americano Joel Feinberg, o T. HÖRNLE, "*Rights of Others*" in *Criminalisation Theory*, in A. P. Simester, A. Du Bois-Pedain, U. Neumann, (eds.) *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Bloomsbury, 2014, 169 ss., che auspica invece ad un rinnovamento della teoria del reato come offesa o messa in pericolo di diritti fondamentali. Per un approfondimento sui rilievi critici svolti nei confronti della teoria del bene giuridico, v. *supra*, Cap. I, parte prima.

giungere a mettere alla prova la dicotomia descritta, così come concepita dalla più recente ed autorevole dottrina italiana sul tema, rispetto ad alcuni contesti in cui, da una parte, i contorni della stessa tendono a sfumarsi, dall'altra, si manifestano declinazioni della proporzionalità ulteriori rispetto ai due significati retrospettivo e prospettico.

6. Il principio di proporzionalità prospettica come paradigma del costituzionalismo globale e criterio guida delle scelte di incriminazione.

6.1. Evoluzione storica del principio di proporzionalità *forward-looking*: dal *Polizeirecht* prussiano alla conquista dell'Europa.

Questa declinazione del principio di proporzionalità pare da tempo essersi imposta come la protagonista sulla scena internazionale, più specificamente, nel vasto ambito della tutela dei diritti fondamentali, la quale per sua stessa natura tocca ed attraversa trasversalmente pressoché tutte le branche del diritto. Tale principio, nella sua funzione di criterio ordinatore del giudizio di legittimità e del correlato test di bilanciamento, si è progressivamente imposto quale canone argomentativo di riferimento nella giurisprudenza delle corti costituzionali e nelle giurisdizioni dei diritti. La sua affermazione in contesti ordinamentali differenti costituisce uno degli esempi più vividi del processo di circolazione dei modelli giuridici che, all'interno del sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, ha condotto a riconoscerlo quale elemento strutturale del costituzionalismo globale⁸⁸.

Quali sono le ragioni di tale straordinario successo del principio di proporzionalità presso i giudici costituzionali? Com'è intuibile, non esiste una risposta univoca e conclusiva, trattandosi di fenomeni connotati da particolare complessità. Tuttavia,

⁸⁸ G. SCACCIA, *Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of European Courts*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo*, 2019, 2.

secondo una ricostruzione particolarmente convincente, esso è da inquadrarsi nel fenomeno della progressiva emancipazione del controllo di legittimità costituzionale da uno stretto rapporto con la lettera dei precetti costituzionali per affidarsi a parametri di valutazione elastici e di matrice prevalentemente giurisprudenziale. Sullo sfondo di tale fenomeno, si collocano fattori sociali, politici e culturali che tracciano uno scenario caratterizzato dall'ascesa e dall'*empowerment* dei giudici dei diritti e delle corti costituzionali⁸⁹. Più specificamente, la crisi della funzione unificante dei processi rappresentativi ha determinato un progressivo spostamento verso le giurisdizioni di compiti di ricomposizione dei conflitti, accentuandone inevitabilmente la dimensione politico-valoriale.

Riprendendo quanto esposto poc'anzi, il declino dei criteri di razionalità formale, tra cui spicca il principio di legalità⁹⁰, ha favorito l'emersione di parametri di razionalità

⁸⁹ Si dischiude, peraltro, a questo punto, un tema vastissimo ed estremamente complesso, ossia quello della legittimità e dei limiti del sindacato di legittimità costituzionale, oggetto di critica da parte di chi ritiene che esso si sostanzi in una invasione di campo da parte di un organo "tecnocratico" nella sfera di competenza del potere legislativo con conseguente grave lesione del principio democratico, e chi auspica, invece, ad un controllo di costituzionalità particolarmente accurato e penetrante da parte del giudice costituzionale e delle corti dei diritti nel contesto della materia penale in ragione delle sue peculiarità; ovvero, la sua massima lesività nei confronti di diritti fondamentali, prima tra tutti, la libertà personale, rispetto ad altri rami dell'ordinamento, ma soprattutto, e più sottilmente, la circostanza che le persone intrappolate nelle maglie del diritto penale finiscono spesso per perdere la propria voce ed essere spinte ai margini della società, innescando un processo di marginalizzazione che di fatto impedisce loro di esprimersi ed ottenere tutela dei propri diritti nel sistema di rappresentanza democratica. Tendenza, quest'ultima, acuitasi negli ultimi decenni, a causa dell'accentuarsi dei fenomeni del populismo penale e della perdita della funzione di sintesi politico-rappresentativa del legislatore, che spesso, assetato di consenso, si trasforma in un mero recettore o, addirittura, amplificatore delle deteriori istanze irrazionali e giustizialiste della società. Per un'ampia trattazione del tema, oltre che per l'accoglimento di una versione rafforzata del controllo costituzionale in materia penale, nella dottrina italiana, v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 32-43. Su questo sfondo, vi è chi ha rinvenuto, tra i fattori eziologici della propagazione della proporzionalità come canone di costituzionalità proprio l'affermazione di un ruolo sempre più "creativo", per non dire di *policy-making* dei giudici costituzionali. V., A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality balancing and global constitutionalism* in *47 Columbia L. J. of Transnational Law*, 2008-2009, 160: «Proportionality review is inescapably an exercise in applied constitutional (or international) lawmaking. [...] We have also found that PA constitutes an important doctrinal underpinning for the expansion of judicial authority globally». Per una ricostruzione storica dell'affermazione del *constitutional review* nella Repubblica di Weimer, v. M. STOLLEIS, *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*, in *Ratio Juris*, 2003, *passim*.

⁹⁰ In generale, in tema di crisi del principio di legalità, o meglio di emersione di una nuova legalità penale che deve necessariamente confrontarsi con il diritto giurisprudenziale, e, nello specifico, con il problema della prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto, si veda la recente indagine monografica di A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022.

materiale, quali adeguatezza, sussidiarietà e ragionevolezza. Inoltre, in società caratterizzate da elevata complessità e da un pluralismo valoriale strutturale, Costituzioni sempre più “lunghe” e dense di valori non sono riuscite ad offrire soluzioni deduttive univoche⁹¹ e hanno finito per essere caratterizzate dalla «[...] inevitabile presenza “ubiquitaria” di conflitti tra diritti o libertà fondamentali o tra diritti fondamentali e interessi pubblici»⁹².

La dimensione conflittuale risulta ineliminabile e connaturata a Costituzioni pluraliste in cui è «accolta una concezione “dignitaria” dei diritti, [...] per il fatto che i diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso in cui altri diritti e altri interessi e beni costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata.»⁹³ Il sempre maggior consenso attribuito a letture pluraliste delle Costituzioni, da cui discende l’dea che «non tutte le limitazioni impartite dal potere pubblico ad un diritto fondamentale sono da qualificare automaticamente come violazioni dello stesso»⁹⁴, hanno prodotto una affermazione del giudizio di proporzionalità e del test del bilanciamento come gli strumenti per

⁹¹ Per questo efficace quadro di sintesi v. G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 2002, 409-410.

⁹² N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, cit., 78, anche a proposito del conflitto tra due differenti “famiglie di posizioni dottrinali” come le definisce l’Autore, che contrappongono una lettura coerentista o irenista, secondo cui il conflitto tra diritti è solo apparente e il ruolo del giudice è estrapolare dal testo costituzionale la risposta ad esso, già nel testo contenuta, ad una lettura pluralista o conflittuale della Costituzione, secondo cui il conflitto tra diritti è reale, la Costituzione non offre alcuna soluzione preesistente, generale ed astratta per esso, ed il giudice deve risolverlo operando delle scelte valutative.

⁹³ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 8. dove si afferma che anche in Italia esiste una lunga tradizione di utilizzo in questo senso del bilanciamento pur in una peculiare declinazione terminologica e metodologica. Si consideri anche che sono le stesse costituzioni del secondo dopoguerra ad affermare in modo pressoché unanime il carattere non assoluto dei diritti, prevedendo clausole di limitazione che impongono di valutarne il possibile sacrificio alla luce di interessi o valori di pari rango costituzionale. Ne deriva che il sindacato di legittimità non si esaurisce nella verifica della competenza o della forma, ma si sostanzia nel controllo della proporzionalità delle limitazioni legislative, attraverso test che valutano necessità, adeguatezza e minor sacrificio possibile. Si veda gli esempi di clausole di limitazione dei diritti fondamentali in A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality balancing and global constitutionalism*, cit., 95. Sull’inevitabilità dell’insorgere di conflitti tra diritti e volari diversi in particolare nell’ambito del diritto penale, laddove «the multiplicity and heterogeneity of purposes and needs means they are in permanent antagonistic relationship with one another», v. C. MYLONOPOULOS, *The Contribution of Fuzzy Logic and Comparative Concepts to the Rational Approach to Proportionality Stricto Sensu*, in E. Billis, N. Knust, J. P. Rui, *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice* (eds.), Hart Publishing, 2021, 72, 74.

⁹⁴ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 98.

risolvere tali conflitti. A ciò si aggiunga che le disposizioni costituzionali in materia di diritti fondamentali si caratterizzano per un elevato grado di apertura semantica, che le espone tanto al rischio di applicazioni rigide e parziali quanto a esiti interpretativi imprevedibili. In tale contesto, l'elaborazione di schemi argomentativi strutturati risponde all'esigenza di razionalizzare il processo decisionale e di vincolare il confronto tra le parti entro parametri condivisi.

Il metodo offerto da tale test appare particolarmente congeniale nel contesto appena descritto perché consente di scomporre un problema vasto e complesso in tante questioni più piccole, non offrendo regole per risolvere singoli casi che abbiano l'ambizione di stabilizzarsi e «coagularsi» in gerarchie generali ed astratte di interessi e diritti che siano applicabili in qualsiasi circostanza e che pongano per sempre fine al conflitto, bensì offrendo «regole di prevalenza» basate su singoli casi concreti, pertanto precarie, mutevoli e costantemente sottoponibili a revisione, che si attagliano perfettamente alla relativismo dei sistemi pluralistici⁹⁵

Per quanto riguarda la struttura del test, ne esistono diversi modelli paradigmatici. Alcuni di essi contemplano quattro passaggi, benché entrambe le corti europee tendenzialmente, a quanto consta, omettano il primo.

Nel primo passaggio, il c.d. *legitimacy stage*, il giudice verifica che il legislatore abbia agito perseguendo uno scopo costituzionalmente legittimo; nel secondo, la c.d. *suitability phase*, si verifica l'idoneità della limitazione al diritto fondamentale a realizzare il conseguimento dello scopo prefissato dal legislatore; il terzo passaggio riguarda la c.d. *necessity* ed il suo nucleo duro è rappresentato dal *least-restrictive means test*, ossia il giudice verifica se non vi siano altre misure altrettanto efficaci nel raggiungimento dello scopo legittimo del legislatore, ma che realizzino una minore ingerenza nel diritto in questione.

Il quarto e ultimo passaggio è rappresentato dalla c.d. proporzionalità in senso stretto, in cui avviene il bilanciamento vero e proprio: in esso il giudice soppesa i benefici della misura che realizza l'ingerenza, rispetto ai costi che derivano dalla sua ingerenza

⁹⁵ G. SCACCIA, *Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of European Courts*, cit., 4.

nel diritto fondamentale, per determinare se quest'ultima non sia «comunque sproporzionata rispetto all'importanza del raggiungimento dello scopo perseguito dal legislatore»⁹⁶

Questo principio e la tecnica del bilanciamento nella sua scansione trifasica, nell'accezione oggi maggiormente diffusa almeno presso le Corti europee e nordamericane, sono nati nell'ambito del diritto pubblico tedesco⁹⁷, per poi essere adottati nello strumentario argomentativo delle due principali Corti europee dei diritti, la Corte di giustizia dell'Unione Europea (Corte GUE) e la Corte europea dei diritti dell'Uomo (Corte EDU). Tale adozione, in virtù della vincolatività delle pronunce di queste Corti negli ordinamenti dei Paesi membri, ha dato impulso ad un'ampia diffusione del canone di costituzionalità in diversi sistemi giuridici europei che fino ad allora ne erano rimasti per lo più estranei⁹⁸. Si rileva, peraltro che, pur essendo la “genealogia” tedesca quella che raccoglie il maggior numero di adesioni in dottrina, esistono anche altre ricostruzioni dell'origine di tale principio e della sua successiva migrazione nello strumentario argomentativo delle Corti europee.

⁹⁶ N. RECCHIA, cit., 101; sull'analisi della struttura del *balancing test* si veda anche A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality balancing and global constitutionalism*, in *47 Columbia L. J. of Transnational Law*, 2008-2009, 75 ss.; G. SCACCIA, *Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of European Courts*, cit., 4; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 5.

⁹⁷ E' specificato che: «It was not a formal three-part test of the modern kind, but the older UK concept shared a common theme with its more modern offspring, which is the proscription of excessive regulatory burdens and the need to ensure that the burden was objectively justified». A partire dal Cinquecento, il principio iniziò a comparire frequentemente negli statutes inglesi, in un vasto novero di ambiti, sociali, economici e anche attinenti alla giustizia penale, introducendo varie declinazioni del principio. V. PAUL CRAIG, *Proportionality and Judicial Review: A UK Historical Perspective*, in S. Vogenauer, S. Weatherill (eds), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart, 2017, *passim*, specialmente 145, 146. Un'altra interessante ricostruzione storica, ne individua le radici nell'ordinamento francese, e, nello specifico, in alcune pronunce del *Conseil d'état*, in cui, a partire dal 1909, con la decisione *Abbé Olivier*, l'organo giurisdizionale della giustizia amministrativa francese iniziò a dare forma al principio per cui, nel sottoporre a controllo le decisioni delle autorità amministrative, i giudici avrebbero dovuto verificare che esse interferissero con libertà e diritti individuali solo nella misura in cui ciò era strettamente necessario per il raggiungimento degli obiettivi da essa perseguiti e sanciti dalla legge. V. E. BJORGE, J. ZGLINSKI, *The principle of proportionality in EU law and its domestic application: ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre*, in K. S. Ziegler, P. J. Neuvonen, V. Moreno-Lax (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Elgar Editions, 2022, 191- 193-

⁹⁸ Per un approfondimento sul ruolo della Corte EDU nello spingere le corti inglesi ad abbandonare il *Wednesbury reasonableness test*, basato su un criterio di ragionevolezza e piuttosto deferente rispetto al legislatore, per indirizzarle al *balancing test*, si veda A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality balancing and global constitutionalism*, cit. 145 ss.

In particolare, è stata proposta un'origine del concetto nella tradizione giuridica inglese, la quale, pur non negando la veridicità dell'affermazione secondo cui, proprio l'adesione del Regno Unito alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'Unione europea, esperienza notoriamente ormai conclusa, abbia favorito la penetrazione del test quadri o tripartito di matrice tedesca nell'ordinamento inglese, tuttavia, sostiene che esistesse, a partire dal XVI secolo in tale ordinamento un concetto analogo, variamente denominato come *proportionability*, *proportionable* o *disproportionate*.

Secondo la spiegazione più accreditata, invero, la prima forma del principio di proporzionalità, antenato della sua accezione contemporanea, fu elaborata oltre due secoli fa nell'ambito del *Polizeireicht* prussiano, ossia quel settore del diritto pubblico che all'epoca comprendeva una serie di misure volte a promuovere il benessere pubblico, la moralità e la sicurezza pubblica⁹⁹. Da lì il principio si tradusse nella sua prima positivizzazione nell' *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* prussiano del 1794¹⁰⁰, a cui si affiancò e seguì una intensa opera di concettualizzazione e affinamento da parte della dottrina giuridica tedesca dell'epoca, soprattutto in ambito amministrativo, culla di questo principio, che elaborò alcune icastiche ed efficaci

⁹⁹ Il *Polizeireicht* rappresentava il frutto della riflessione tardo-illuministica nel suo intersecarsi con la scienza dell'amministrazione dello Stato, che nella prospettiva propria dell'assolutismo illuminato, affidava al Sovrano, detentore del potere, appunto, assoluto, il compito di promuovere il massimo grado possibile di "felicità" e benessere per i consociati. Da tale impostazione, derivò l'esigenza di attribuire una formazione adeguata ai funzionari dello Stato, i quali avevano il compito fondamentale della realizzazione della visione del Sovrano, attraverso lo sviluppo di una scienza della polizia, sinonimo di una generale scienza dell'amministrazione dello Stato. A cavallo tra il XVIII e il XIX secolo, in area tedesca, lo Stato di diritto si declinò nella particolare concezione di "Stato del diritto amministrativo ben organizzato" con conseguente accrescimento della specializzazione della scienza e del diritto amministrativo, cui conseguì, la nascita di un vero e proprio diritto di polizia, positivizzato nell'ultima decade del Settecento. V. M. STOLLEIS, C. Ricca e S. Pietropaoli (trad. it.), *Storia del diritto pubblico in Germania, II, Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, Milano, 2014, 316-317. Per una accurata ricostruzione del contributo dei teorici del diritto del XVIII secolo, come Svarez e Von Berg nel dare forma ai limiti del potere dello stato fondati su idoneità e necessità ed ancorati alla nota teoria del contratto sociale, particolarmente diffusa nell'ambiente culturale dell'epoca, v. A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality balancing and global constitutionalism*, cit. 98 ss.

¹⁰⁰ In particolare, all'art. 10, II, 17 in materia dei poteri di polizia.

definizioni del principio come il lemma «La polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni» di Fritz Fleiner¹⁰¹.

È stato autorevolmente osservato che agli albori del suo sviluppo tale principio presentasse una fisionomia ancora molto distante dall'accezione moderna e fosse privo di quel collegamento con il bilanciamento che oggi è gli è connaturato¹⁰². In particolare, la ragione di tale difformità e della successiva evoluzione del principio è ravvisata nelle caratteristiche del contesto in cui esso nacque e nelle sue conseguenti trasformazioni; nello stato di diritto prussiano, caratterizzato da un «un rigido statalismo autoritario», in cui lo Stato era inteso come «personalità assoluta, volontà originaria fondante e condizionante ogni realtà giuridica» e nel quale «le libertà erano raffigurate come mere *Reflexwirkungen* (effetti riflessi) di una volontaria autolimitazione del potere statale», esso si presentava come mero strumento di razionalizzazione dell'azione statale, imponendo che le misure adottate dall'autorità non eccedessero quanto strettamente necessario al perseguimento delle finalità di interesse pubblico¹⁰³.

In questo contesto, il principio assumeva le sembianze di un divieto di eccesso, destinato a censurare interventi sproporzionati o inutilmente gravosi per le libertà dei singoli, declinandosi dunque come un controllo di idoneità e necessità dell'azione statale, senza tuttavia comportare alcuna operazione di bilanciamento o controllo di proporzionalità in senso stretto, essendo del tutto assente una comparazione di tipo valoriale, globale, di tutti i diritti e gli interessi in gioco¹⁰⁴.

¹⁰¹ D. U. GALLETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, 2.

¹⁰² G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. Mangiameli, a cura di, *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 227 ss.

¹⁰³ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 228-229.

¹⁰⁴ J. SCHWARZE, *The principle of proportionality and the principle of impartiality in European Administrative Law*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, 55 ss. Dopo la positivizzazione nel codice prussiano, il principio, nella diversa veste di principio di necessità, trovò riconoscimento anche nella giurisprudenza amministrativa di fine Ottocento, nel celebre caso *Kreuzberg*, del 14 giugno 1882, con cui l'*Oberverwaltungsgericht* prussiano, ossia il tribunale amministrativo supremo, censurò il provvedimento amministrativo di chiusura di un locale che vendeva alcolici senza licenza, ritenendola, appunto, eccessiva.

Dopo l'entrata in vigore della Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca (*Grundgesetz*) nel 1949 e l'istituzione della Corte costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*), al principio di proporzionalità venne ben presto attribuito rango costituzionale e il test del bilanciamento, sua logica conseguenza, venne sviluppato dalla giurisprudenza costituzionale tedesca e divenne oggetto di un ricco e complesso dibattito dottrinale relativo al suo aggancio nel testo della Legge Fondamentale¹⁰⁵.

Fu, dunque, solo con il tramonto definito dello *Rechtsstaat* di matrice prussiana, l'avvento dello Stato costituzionale e la conseguente rivoluzione della scala assiologica che pose i diritti fondamentali dell'individuo quale principale obiettivo e stella polare per l'opera degli organi dello Stato che cominciò ad essere adottata la tecnica del bilanciamento degli interessi in gioco, la quale comportò una ricalibrazione del centro di gravità del principio, da un'analisi meramente strumentale dell'adeguatezza e necessità dell'agire della pubblica autorità ad una valutazione qualitativa volta a soppesare i valori sottesi alle scelte degli attori in campo¹⁰⁶.

Particolarmente rilevante, si è detto, per questa espansione del principio di proporzionalità quale canone di costituzionalità della legge è stato l'operato del Tribunale costituzionale tedesco. Immediatamente dopo l'entrata in vigore della nuova legge fondamentale nel Secondo Dopoguerra, si pose alla dottrina tedesca il difficile problema della via da seguire per attribuire vincolatività ai diritti fondamentali nei

¹⁰⁵ D. U. GALLETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, 905-906. L'Autrice riporta che l'esito di tale dibattito condusse a rinvenire la base giuridica del principio di proporzionalità sia nell'art. 20 GG sancente il principio dello Stato di diritto, che nell'art. 19, comma secondo, quindi nell'«esigenza di proteggere l'essenza stessa dei diritti fondamentali».

¹⁰⁶ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit. 229. Id, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, cit., Il chiaro autore svolge un'ulteriore interessante considerazione sulle conseguenze della descritta trasformazione del principio in esame. All'estensione del suo ambito di applicazione, da quello strettamente amministrativo, al controllo di costituzionalità dell'esercizio del potere legislativo, sarebbe conseguita una mutazione quasi genetica della natura del principio, che da *Übermaßverbot*, o divieto di eccesso, implicante un controllo di natura eminentemente quantitativa, diretto a segnare il limite dell'intervento statale, tramutò in una vera e propria *Verhältnismäßigkeit*, ossia il giudizio di legittimità costituzionale, risultando in «una struttura polimorfa, per un verso chiusa nei confini applicativi e logici di riscontri di natura quantitativa e di analisi empiriche, per l'altro aperta alla comunicazione con l'area dei bilanciamenti tra valori», caratterizzata per questo «da una immanente ambiguità». V. *Ivi*, 232.

confronti, in primo luogo dell'attività del legislatore, e, in seconda battuta, anche rispetto ai provvedimenti dell'autorità giudiziaria. Il nodo della questione nasceva dall'apparente contraddizione tra l'art. 1, par. 3 della Legge fondamentale tedesca che sancisce espressamente tale vincolatività dei diritti fondamentali degli individui rispetto a tutte le branche dei poteri dello Stato e la contestuale sussistenza in molte delle disposizioni del testo costituzionale che esplicitamente riconoscono questi diritti di clausole che consentono al potere legislativo di apporvi dei limiti, in presenza di più o meno generiche condizioni¹⁰⁷. La risposta a questo problema venne fornita da parte della Corte proprio attraverso lo sviluppo del giudizio del bilanciamento basato sul principio di proporzionalità.

Le fondamenta della struttura del test vennero gettate con la celebre sentenza *Apothekenurteil* del 1958¹⁰⁸, anche se, in essa, non si realizzò una piena applicazione del giudizio di proporzionalità nelle sue tre fasi, costituite da idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto. È stato infatti osservato che nei primi venticinque anni dalla sua istituzione, ossia tra il 1951 e il 1978, la Corte costituzionale tedesca non fece pressoché mai uso del principio di proporzionalità per fondare una declaratoria di incostituzionalità di una legge o di altro atto legislativo¹⁰⁹, pur ricorrendo spesso al bilanciamento per respingere censure di costituzionalità o per esaminare decisioni di corti inferiori¹¹⁰.

Nella sentenza in parola, in cui il *Bundesverfassungsgericht* si trovò a giudicare sulla decisione di una autorità amministrativa bavarese che aveva respinto una richiesta di autorizzazione all'apertura di una farmacia nel villaggio di *Traunreut*, la Corte si limitò all'enunciazione in astratto del metodo del bilanciamento come unico metodo possibile per risolvere il conflitto tra interessi contrastanti ma egualmente meritevoli di tutela. Tuttavia, i giudici costituzionali non procedettero all'applicazione di tale test nello specifico caso concreto, preferendo ad esso un percorso argomentativo fondato

¹⁰⁷ R. POSCHER, *Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights*, cit. 49.50.

¹⁰⁸ *BVerfG* 7, 377 dell'11 giugno 1958.

¹⁰⁹ N. PETERSEN, *Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court*, in *Global Constitutionalism*, 2015, 59 ss.

¹¹⁰ *Ivi*, 69.

sul rilievo della carenza di coerenza degli argomenti portati dall'amministrazione resistente, ossia sulla inidoneità della misura adottata a proteggere l'interesse pubblico in gioco, nonché dell'esistenza di provvedimenti altrettanto efficaci per il raggiungimento degli obiettivi che l'amministrazione affermava di voler perseguire, ma assai meno lesivi per la libertà professionale e di iniziativa economica degli individui¹¹¹. Nonostante ciò, è comunemente riconosciuta l'elevata significatività della sentenza, in quanto i giudici di *Karlsruhe* respinsero espressamente la visione secondo cui al giudice costituzionale non spetterebbe il compito di scrutinare il rispetto dei diritti fondamentali da parte del legislatore; al contrario essa rivendicò come elemento strutturale della propria funzione il controllo di conformità delle scelte legislative alla garanzia dei diritti umani¹¹².

Un secondo momento di svolta nell'affermazione del giudizio di bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale tedesca giunse nel biennio 1978-1979 in cui la Corte fece ricorso al relativo test in ben quattro pronunce, eguagliando in appena due anni il numero di utilizzo nelle due decadi e mezzo precedenti; a partire da quel momento tale

¹¹¹ *Ivi*, 62. In particolare, la Corte osservò che il diniego dell'autorizzazione all'apertura non fosse una misura coerente con l'obiettivo di evitare che i farmacisti violassero le regole di esercizio della propria professione, sotto la pressione esercitata dalla concorrenza di una nuova farmacia o per massimizzare il proprio tornaconto economico, affermando che simili condotte scorrette ben potevano realizzarsi anche in mercati regolamentati. Inoltre, i giudici rilevarono che esistevano misure in grado di interferire in misura minore con la libertà di iniziativa economica privata, tra cui, ad esempio, l'implementazione di maggiori controlli sulla categoria.

¹¹² BVerfG, 7 377, §5: «Gegen die Prüfung in der zuletzt genannten Richtung ist eingewandt worden, daß sie über die Kompetenz eines Gerichts hinausgehe: ein Gericht könne nicht beurteilen, ob eine bestimmte gesetzgeberische Maßnahme geboten sei, weil es nicht wissen könne, ob es andere gleich wirksame Mittel gebe und ob sie für den Gesetzgeber realisierbar seien; das lasse sich nur übersehen, wenn man die gesamten zu ordnenden Lebensverhältnisse, aber auch die politischen Möglichkeiten der Gesetzgebung kenne. Diese Auffassung, die vor allem aus praktischen Erwägungen der Prüfungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts enge Grenzen ziehen möchte, wird gelegentlich theoretisch mit dem Hinweis unterbaut, daß das Gericht durch Inanspruchnahme einer so weitgehenden Prüfungsbefugnis in die Sphäre des Gesetzgebers übergreifen und damit einen Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung begehen würde. Das Bundesverfassungsgericht kann dieser Ansicht nicht zustimmen». In particolare, l'importanza di questa sentenza è stata riconosciuta anche nel fatto che essa segni il momento in cui la Corte dopo circa nove anni di silenzio sulle possibili *rationes* giustificatrici della necessità che ogni limitazione dei diritti fondamentali contenuti nella GG fosse proporzionata e sull'effettiva natura, struttura e funzionamento del relativo giudizio, ossia dopo nove anni in cui essa aveva gradualmente introdotto il principio nella propria giurisprudenza «dandolo pressoché per scontato», fornì finalmente una dettagliata descrizione degli elementi appena menzionati. D. GRIMM, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in 57 *U. Toronto L. J.*, 2007, 385

principio divenne il principale, seppure non l'unico, paradigma argomentativo adoperato dai giudici per censurare l'incostituzionalità delle leggi. L'iniziale riluttanza del *BVerfG* nel far seguire alle decise proclamazioni iniziali un'applicazione sistematica e completa del giudizio è stata ascritta alla primigenia debolezza istituzionale della Corte che, agli albori della propria attività, aveva ancora davanti a sé un lungo percorso per il consolidamento del proprio prestigio e della propria autorevolezza istituzionale.

6.2. La struttura del test di proporzionalità nella formulazione tedesca e le critiche al punto nevralgico della proporzionalità *stricto sensu*.

La giurisprudenza costituzionale tedesca rappresenta il classico punto di partenza degli studi aventi ad oggetto il principio di proporzionalità delle scelte di incriminazione, non soltanto in ragione di un argomento di preminenza storica, ma anche perché, è riconosciuto al *BVerfG* un livello particolarmente avanzato, anche in confronto ad altri ordinamenti limitrofi, di elaborazione teorica e di precisazione concettuale delle caratteristiche delle varie fasi in cui il giudizio di bilanciamento è articolato¹¹³. Conviene pertanto soffermarsi ancora brevemente sulla descrizione delle singole fasi del giudizio tripartita di bilanciamento¹¹⁴.

¹¹³ Per il riconoscimento dell'avanzato grado di concettualizzazione e affinamento del principio nella giurisprudenza costituzionale tedesca, *ex multis*, v. G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, cit. 413. Per il riconoscimento, quantomeno prima della svolta storica rappresentata dalla sent. n. 236 del 2016 e dal conseguente superamento del requisito tradizionale del *tertium comparationis*, che «la corrispondenza biunivoca» tra principio di proporzionalità e principio di eguaglianza-ragionevolezza nel nostro ordinamento abbia costituito «il profilo in relazione al quale la tematizzazione del principio in esame sconta un certo ritardo rispetto ad esperienze a noi vicine, e dove quindi attende maggiori sviluppi», v. V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il Libro dell'anno del Diritto*, Roma, 2016, §3 (Enciclopedia Treccani online).

¹¹⁴ Per una ricostruzione estremamente approfondita del giudizio in esame, v. N. Recchia, *Il principio di proporzionalità delle scelte di incriminazione. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 122 ss. Per una panoramica più sintetica, *ex multis*, A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*, Oxford University Press, 2019, 30 ss; P. ASP, *The Substantive Criminal Law of the EU*, Stoccolma, 2012, 188 ss.

La prima fase del giudizio di proporzionalità è comunemente individuata nel requisito dell'idoneità o *suitability*, che impone di verificare se la misura limitativa di un diritto fondamentale sia astrattamente capace di contribuire al perseguimento dello scopo legittimo individuato dal legislatore o dall'autorità pubblica. Tale controllo si colloca sul piano della razionalità strumentale e presuppone l'esistenza di una connessione non meramente ipotetica tra mezzo e fine, nel senso che la misura deve presentare una plausibile attitudine causale rispetto all'obiettivo perseguito, senza che sia richiesto il conseguimento certo o integrale del risultato¹¹⁵. L'idoneità non esige infatti che lo scopo venga raggiunto con sicurezza, poiché questo approccio, pur costituendo un elevatissimo standard di protezione dei diritti umani comporterebbe un altrettanto grande sacrificio della possibilità per lo Stato di perseguire obiettivi di rilievo sociale ed economico. Si richiede, bensì, soltanto che la misura possa ragionevolmente favorirne il perseguimento, anche in modo parziale o mediato¹¹⁶, sulla base di una valutazione condotta *ex ante*. La valutazione richiesta è pertanto di natura prognostica ed è effettuata alla luce delle conoscenze disponibili al momento dell'adozione della misura, sicché un'eventuale inefficacia *ex post* non comporta automaticamente la sua illegittimità costituzionale¹¹⁷. In questa prospettiva, dunque, il giudizio di idoneità tollera un margine di errore, purché la scelta pubblica risulti giustificabile in termini di razionalità e non appaia manifestamente inconferente rispetto allo scopo dichiarato. Ne consegue che il sindacato esercitato in questa fase tende a essere relativamente deferente al legislatore, limitandosi a escludere misure palesemente inutili, irrazionali o del tutto scollegate dall'obiettivo perseguito.¹¹⁸

¹¹⁵ A. BARAK, 303: « the requirement is that the means used by the limiting law can realize or advance the underlying purpose of that law; [...] It is therefore required that the means chosen be pertinent to the realization of the purpose in the sense that the limiting law increases the likelihood of realizing its purpose».

¹¹⁶ *Ivi*, 305. J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in, 65 *Cambridge L. J.* 174, 2006, 189.

¹¹⁷ D. U. GALLETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, cit. 4

¹¹⁸ Nonostante essa paia costituire la fase di più immediata e facile ricostruzione, non sono mancate anche su tale requisito delle prospettive contrapposte; vi è chi reputa che il requisito dell'idoneità escluda l'adozione di misure che ostacolano la realizzazione di almeno un principio senza promuoverne alcun altro di quelli per cui le misure erano state adottate e chi critica tale impostazione, affermando che per idoneità debba intendersi semplicemente una non manifesta irrazionalità della misura stessa, pena la conseguenza paradossale secondo cui sarebbe ammissibile che un legislatore adotti provvedimenti

Il secondo stadio del giudizio di proporzionalità è rappresentato dal requisito della necessità, spesso formulato come criterio del *least restrictive means*, che introduce un controllo più penetrante rispetto a quello esercitato nella fase dell' idoneità. In questa fase, non è più sufficiente che la misura risulti astrattamente idonea, ma occorre verificare se, tra gli strumenti disponibili per il perseguimento del medesimo obiettivo, quello prescelto sia anche il meno incisivo possibile per la sfera giuridica dei destinatari¹¹⁹. La necessità si traduce così nella regola del c.d. mezzo più mite che impone di preferire, in una situazione in cui vi siano più mezzi astrattamente idonei, caratterizzati da una connessione razionale con gli obiettivi perseguiti dall'azione statale, a parità di efficacia, l'alternativa che comporti il minore sacrificio dei diritti fondamentali coinvolti. A tal proposito viene più volte evocato in dottrina il concetto di ottimo paretiano, legato alla concezione di Robert Alexy della distinzione tra regola e principio e le caratteristiche peculiari di questi ultimi¹²⁰. Secondo tale ricostruzione, in particolare, il giudizio di necessità o *efficiency*, costituirebbe una declinazione di tale concetto, in quanto «una distribuzione è efficiente o Pareto-ottimale se nessun'altra distribuzione potrebbe migliorare la condizione di almeno una persona senza peggiorare quella di qualcun altro. Allo stesso modo, un atto è necessario se nessun atto alternativo potrebbe migliorare la condizione della vittima in termini di godimento dei diritti senza ridurre il livello di realizzazione di qualche altro interesse costituzionale»¹²¹. Peraltro, vi è chi, in generale, esprime dubbi circa l'applicabilità di regole matematiche o teorie economiche all'ambito del diritto, i cui obiettivi, ovvero il perseguimento di istanze di giustizia, si differenziano da quelli delle scienze dell'economia, finalizzate alla più efficiente allocazione di risorse limitate¹²².

irrazionali qualora essi non comprimano alcun diritto fondamentale. Per la prima impostazione v. R. ALEXY, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris*, 2003, 135; per la relativa critica, cfr. W. SADURSKY, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 2008, 389-390

¹¹⁹ A. BARAK, 317.

¹²⁰ Ivi, 320; R. ALEXY, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, 135; Id, *Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse*, in *5 Ratio Juris*, 1992, 143.

¹²¹ J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, cit. 198, traduzione di chi scrive.

¹²² V. G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, cit., 420, l'autore mette in rilievo i profili critici dei tentativi di fornire concretezza matematica al giudizio sulla valutazione del mezzo più mite di Robert Alexy, nonché il carattere probabilmente utopistico della trasposizione in

La comparazione richiesta non è meramente astratta, ma deve essere condotta in concreto, tenendo conto sia dell'effettiva capacità delle misure alternative di conseguire il fine perseguito, sia dell'intensità dell'interferenza che esse determinano sulla posizione giuridica incisa. Ne deriva che un mezzo può dirsi realmente alternativo solo se consente di perseguire l'obiettivo con un grado comparabile di efficacia, non essendo sufficiente una generica utilità o una mera idoneità astratta. Il controllo di necessità può inoltre fondarsi su una valutazione *ex post*, qualora emerga che il mezzo adottato abbia prodotto un sacrificio evitabile alla luce di strumenti già disponibili e meno restrittivi¹²³. In questo senso, il criterio del *least restrictive means* svolge una funzione di selezione qualitativa delle opzioni normative, riducendo lo spazio della discrezionalità pubblica e rafforzando la tutela dei diritti fondamentali contro compressioni non indispensabili.

Anche laddove la misura risulti astrattamente idonea e non sostituibile con strumenti egualmente efficaci e meno restrittivi, resta tuttavia aperta la questione se il sacrificio imposto al diritto fondamentale possa dirsi complessivamente giustificabile alla luce dell'importanza del fine perseguito. È in questo spazio residuo che si colloca la terza fase del giudizio di proporzionalità, tradizionalmente qualificata come proporzionalità in senso stretto.

La proporzionalità in senso stretto costituisce il momento in cui il sindacato di legittimità assume in modo più esplicito una dimensione valutativa e assiologica, richiedendo al giudice un apprezzamento complessivo del rapporto tra sacrifici imposti e benefici perseguiti¹²⁴. In questa fase, il giudice è chiamato a confrontare il peso del

ambito costituzionale della seconda regola di giustizia, propria della teoria sociale e politica di John Rawls, in un'epoca di crisi dello stato sociale.

¹²³ D. U. GALLETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, cit.5.

¹²⁴ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 174 «A favorire in questa fase uno scrutinio più penetrante del giudice costituzionale nei confronti della discrezionalità legislativa vi è certamente la constatazione che non vengono in esame soltanto considerazioni empirico-fattuali legate all'idoneità o alla necessità dei mezzi adottati dal legislatore, quanto anche un giudizio assiologico riguardo alla ragionevolezza del sacrificio imposto alle libertà dei singoli in ragione degli obiettivi di tutela raggiungibili per mezzo della fattispecie incriminatrice. In concreto, il giudice costituzionale deve esaminare, metaforica mente, “i due piatti della bilancia”, per verificare che essi non siano in un rapporto di ingiustificata sproporzione».

sacrificio imposto al diritto fondamentale inciso con l'importanza del fine perseguito dalla misura, verificando se il primo possa dirsi giustificato alla luce del secondo¹²⁵. Anche una misura astrattamente idonea e necessaria può infatti risultare costituzionalmente illegittima quando produca effetti eccessivamente gravosi o intollerabili per il titolare del diritto inciso¹²⁶.

Il controllo di proporzionalità in senso stretto assume dunque la struttura di un bilanciamento tra beni costituzionalmente rilevanti, nel quale vengono posti a confronto, da un lato, l'interesse pubblico o il diritto antagonista che la misura intende realizzare e, dall'altro, l'intensità della compressione subita dal diritto fondamentale. La valutazione non si esaurisce in un confronto meramente astratto ma implica un giudizio concreto o contestuale sull'importanza relativa dei beni coinvolti e sulla sostenibilità costituzionale del sacrificio richiesto¹²⁷. È in questo snodo che il principio di proporzionalità mostra il suo legame con la tutela del nucleo essenziale dei diritti fondamentali che non può essere sacrificato neppure in presenza di fini pubblici di particolare rilievo. Il bilanciamento non può pertanto spingersi fino a rendere il diritto

¹²⁵ R. A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law: Proportionality of What to What?* in E. Billis, N. Knust, J. P. Rui, *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice* (eds.), Hart Publishing, 2021, 35.

¹²⁶ Per dirla con le parole di B. SCHLINK, *Proportionality*, in M. Rosenfeld, A. Sajó, (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, 724. «The least intrusive means may yet be too intrusive». A tal proposito è interessante riportare un esempio particolarmente efficace di Dieter Grimm, riportato anche in A. BARAK, *op. cit.*, 342-343, in cui si ipotizza l'esistenza di una legge che permette alla polizia di sparare a una persona (anche se questo sparo potrebbe portare alla sua morte) se è l'unico modo per impedire che quella persona leda il diritto di proprietà di un altro soggetto. La disciplina in esame è chiaramente orientata alla tutela della proprietà privata e, sotto questo profilo, persegue un fine che può dirsi costituzionalmente legittimo. Gli strumenti prescelti dal legislatore risultano, inoltre, coerenti con tale obiettivo, poiché sono funzionalmente diretti alla sua realizzazione. La stessa formulazione normativa circoscrive l'ambito di applicazione della misura ai soli casi in cui non siano disponibili alternative idonee a garantire la protezione del bene senza esporre a pericolo la vita delle persone, sicché risulta soddisfatto anche il requisito della necessità. Ciò nondimeno, la disposizione non supera il vaglio di legittimità costituzionale, in quanto la salvaguardia della proprietà privata non può, in nessun caso, giustificare un sacrificio così radicale quale la soppressione della vita umana.

¹²⁷ D. GRIMM, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, cit., 394, laddove si ascrive tale carattere di "concretezza" e "contestualità" del giudizio al fatto che le corti costituzionali considerate, quella canadese e tedesca, non riconoscono una gerarchia generale e, appunto, astratta tra i vari diritti fondamentali. Pertanto, poiché, concettualmente, tutti i diritti fondamentali godono della stessa importanza e considerazione nel testo costituzionale, la valutazione circa la prevalenza dell'uno o dell'altro e la misura del sacrificio dell'uno o dell'altro, non potrà che essere determinata alla luce delle circostanze del caso concreto.

inciso irricognoscibile o svuotato del suo contenuto essenziale, operando la proporzionalità in senso stretto come limite estremo all'intervento pubblico, configurandosi come una garanzia contro sacrifici sproporzionati e non giustificabili dei diritti fondamentali.

È proprio sul terreno della proporzionalità in senso stretto che si concentrano le principali critiche teoriche al giudizio di bilanciamento, fondate sull'assunto dell'incommensurabilità dei valori coinvolti. Secondo tale critica, il bilanciamento implicherebbe un confronto tra grandezze eterogenee con il rischio di occultare decisioni politiche sotto la veste di argomentazioni giuridiche. In questa prospettiva si colloca l'analisi di chi ritiene che il problema centrale non risieda tanto nel disaccordo sui valori, quanto nell'assenza di uno standard uniforme che consenta di attribuire un peso comparabile a interessi costituzionali eterogenei¹²⁸. L'incommensurabilità emerge così come limite strutturale della razionalità del bilanciamento, soprattutto nei casi in cui non si manifestino sproporzioni evidenti. Nei casi più controversi è stato quindi sostenuto che il controllo di proporzionalità dovrebbe arrestarsi, lasciando spazio alla decisione del legislatore, quale soggetto democraticamente legittimato a compiere scelte tragiche tra valori in conflitto.

Su un piano in parte diverso si colloca una diversa impostazione la quale, pur muovendo dalle medesime difficoltà definitorie, rigetta l'idea che l'incommensurabilità renda il bilanciamento intrinsecamente irrazionale o giuridicamente illegittimo. Secondo tale prospettiva, il problema risiede piuttosto nell'uso di concetti classificatori rigidi, inadatti a descrivere fenomeni valutativi caratterizzati da gradualità. È stata pertanto proposta l'adozione di *comparative concepts* e il ricorso alla *fuzzy logic* come strumenti idonei a rendere razionalmente trattabili concetti giuridici vaghi e privi di confini netti. Applicata alla proporzionalità in senso stretto, questa impostazione consente di valutare non se una misura sia proporzionata in senso assoluto ma in quale misura realizzi o sacrifici i principi

¹²⁸ R. POSCHER, *Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights*, cit. 58 ss.

coinvolti¹²⁹. Se la prima ricostruzione tende dunque a valorizzare i limiti strutturali del bilanciamento e a circoscriverne l'ambito di applicazione, la seconda mira a riformularne gli strumenti concettuali al fine di preservarne la razionalità argomentativa.

6.3. La virulenza del principio di proporzionalità del mezzo allo scopo: un'epidemia europea e non solo.

Com'è noto, il principio di proporzionalità ha dimostrato nei decenni un'incredibile "virulenza" da intendersi come capacità di migrazione e integrazione in ordinamenti anche molto distanti da quello tedesco di origine. Si tratta sia di ordinamenti nazionali, tra cui gli esempi più emblematici sono rappresentati da Canada, Sudafrica e Israele, sia, di ordinamenti sovranazionali, nello specifico, l'ordinamento eurounitario, inclusivo della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e l'ordinamento convenzionale, in cui svolge un ruolo centrale la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Infatti, il principio di proporzionalità è ormai assunto a principio generale del diritto dell'Unione europea; un contributo determinante al raggiungimento di tale esito è stato impresso dall'operato della Corte di giustizia a partire dagli anni Settanta del secolo scorso. Particolarmente decisiva, fu, in particolare la giurisprudenza della Corte in relazione alla libertà di circolazione dei beni, nel contesto della "messa a terra" e della piena realizzazione di questa libertà attraverso l'attuazione del mercato unico europeo.

Secondo la ricostruzione prevalente, il primo caso in cui la Corte formulò un metodo di giudizio basato sul principio di proporzionalità fu la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970, relativa ad una questione pregiudiziale

¹²⁹ C. MYLONOPOULOS, *The Contribution of Fuzzy Logic and Comparative Concepts to the Rational Application of Proportionality Stricto Sensu*, in E. Billis, N. Knust, J. P. Rui (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, 2021, 69 ss.

sollevata dal tribunale amministrativo di Francoforte sul Meno, concernente la validità di alcune disposizioni di due regolamenti comunitari in materia di regolamentazione del rilascio di licenze per l'importazione ed esportazioni di prodotti a base di cereali.

Ciò che qui rileva non è l'esito della sentenza, la Corte infatti respinse tali censure. Bensì il fatto che i giudici di Lussemburgo, dopo aver ribadito la primazia del diritto comunitario sul diritto nazionale, abbiano riconosciuto che poiché «la tutela dei diritti fondamentali costituisce [infatti] parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza» era necessario accertare se la disciplina in esame avesse leso dei diritti fondamentali¹³⁰. Per fare ciò, la Corte di giustizia adottò un approccio fondato sui parametri della necessità e opportunità delle misure adottate per raggiungere gli scopi perseguiti dalle disposizioni oggetto dei rinvii pregiudiziali, così di fatto dando inizio, pur non menzionandolo espressamente, ad una lunga e proficua tradizione di applicazione del principio di proporzionalità¹³¹, nella giurisprudenza della Corte relative alle quattro grandi libertà sancite dai Trattati succedutisi a fondamento dell'assetto dell'attuale Unione europea, ossia la libertà di movimento di beni, lavoratori, capitali e servizi. A ciò fece seguito l'implementazione dello stesso nel *case law* in materia di discriminazione indiretta fondata sul genere, nel diritto amministrativo europeo e, *last but not least*, nella giurisprudenza europea in materia di diritti fondamentali, assenti nel testo del Trattato di Roma ma elaborati come principi generali del diritto della Comunità europea proprio dalla Corte di Giustizia.

¹³⁰ *International Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 dicembre 1970, Caso n. 11-70, §4.

¹³¹ *Ibidem*, §12/13. Fondamentali per tale passaggio, furono le conclusioni dell'Avvocato Generale Alain Duheillet de Lamothe, il quale aveva espressamente inquadrato la controversia ispirandosi ai criteri propri del giudizio di proporzionalità, di cui individuava la base legale nell'art. 40, paragrafo terzo del Trattato CEE del 25 marzo 1957 (firma), affermando: «È quindi evidente che non solo si può reperire una base squisitamente comunitaria per il diritto che viene fatto valere in questa sede, ma addirittura si offrono più soluzioni. Dal canto mio, suggerisco di dare la preferenza ai fondamenti tratti dal diritto scritto, poiché ritengo che rientri nella corretta prassi giurisdizionale far ricorso al diritto non scritto solo là dove il diritto scritto presenta lacune, insufficienze o nebulosità [...]. In definitiva ritengo quindi che il problema [...] si possa così riassumere: «introducendo il sistema di cauzione contestato, le autorità comunitarie hanno violato l'articolo 40 del trattato in forza del quale possono essere presi solo i provvedimenti necessari per perseguire gli scopi del mercato comune agricolo contemplati nell'articolo 39». Sottolinea come invece la Corte di Giustizia abbia preferito adottare questo metodo di giudizio invocando, non una specifica disposizione positivizzata nel trattato, bensì un principio generale del diritto comunitario, V.

In particolare, com'è noto, l'affermazione dei principi di primazia e di effetto diretto del diritto comunitario, insieme all'affermazione del principio di proporzionalità, ebbero luogo nel contesto della giurisprudenza sull'art. 28 del Trattato di Roma, proprio in materia di libera circolazione delle merci, i cui arresti più importanti furono le storiche sentenze *Dassonville* e *Cassis de Dijon*, rispettivamente del 1947 e 1978¹³².

Tale lavoro giurisprudenziale fu prodromico all'adozione della proporzionalità quale principio generale dell'Unione europea a livello normativo; il riferimento è all'art. 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, alla quale il Trattato di Lisbona del 2007, entrato in vigore nel 2009, ha attribuito valore giuridico vincolante, il cui primo paragrafo stabilisce che «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»; nonché, dell'art. 5, paragrafo 4 dello stesso Trattato sull'Unione europea (TUE): «In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati».

Pertanto, questa evoluzione in senso “proporzionalistico” del *case law* della Corte di Giustizia non è risultata esente da critiche. È stato rilevato come la Corte utilizzi formule non sempre uniformi, richiedendo talora la sola idoneità e necessità della misura, mentre in altri casi esige anche che l'interferenza non sia sproporzionata e che sia rispettato il contenuto essenziale del diritto inciso. A ciò si accompagna l'incertezza

¹³² Altresì rilevanti per l'enucleazione e la precisazione dei diversi livelli del giudizio furono i casi *Fromançais S.A. v. Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA)*, Case 66/82, 23 febbraio 1983 e *Schräder v. Hauptzollamt in Gronau*, Case 265/87, 11 luglio 1989. V. J. DŁUGOSZ, *The Principle of Proportionality in European Union Law as a Prerequisite for Penalization*, in *Adam Mickiewicz University Law Review*, 2017, 286-287 Per questa ricostruzione, *ex multis*, A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit. 139 ss; ID, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*, Oxford University Press, 2019, 59 ss; E. BJORGE, J. ZGLINSKI, *The principle of proportionality in EU law and its domestic application*, cit. 196 ss;

circa il numero dei passaggi del test, in particolare con riferimento alla fase del bilanciamento, che la Corte tende spesso a omettere, salvo che essa sia decisiva per la soluzione della controversia¹³³. Pur riconoscendo la parziale fondatezza di tali rilievi, è stato tuttavia osservato che il principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione risulta complessivamente più strutturato di quanto talvolta si affermi, comprendendo di regola la verifica dell'idoneità e della necessità della misura e, ove opportuno, anche un esame dell'equilibrio tra gli interessi coinvolti¹³⁴.

Quanto alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la pronuncia a cui si fa risalire la prima applicazione del giudizio di bilanciamento fondato sul test di proporzionalità è il caso *Handyside c. Regno Unito* del 1976, in cui la Corte ebbe l'occasione di precisare il significato della clausola limitativa della libertà di espressione, contenuta nel secondo paragrafo dell'art. 10, CEDU. È stato osservato come non fu casuale che le prime pronunce della Corte, nel corso degli anni Settanta, in cui i giudici di Strasburgo ebbero l'occasione di consolidare le diverse fasi del test di proporzionalità, originassero spesso da casi provenienti dal Regno Unito, ove l'approccio tradizionale era fondato sul c.d. *Wednesbury Test*¹³⁵, estremamente deferente nei confronti della discrezionalità

¹³³ A ciò si aggiunga l'osservazione, dalla prospettiva della dottrina tedesca, del minor rigore esibito dai giudici di Lussemburgo nella distinzione tra le tre fasi dei test di proporzionalità, che sembrano, talvolta, reiterare lo stesso controllo, seppur utilizzando terminologie diverse per descriverlo. V. G. LÜBBE-WOLFF, *The rinciple of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court*, cit., 16. Per una critica più strutturale e complessa sull'approccio della Corte GUE al principio di proporzionalità, secondo cui, tra i diversi profili discutibili, vi sarebbe il fatto che la Corte abbia progressivamente trasformato le libertà economiche da strumenti funzionali alla non discriminazione e alla costruzione del mercato comune in libertà autonome di rango costituzionale. Secondo l'autore, tale evoluzione, pur potendo apparire avallata *ex post* dalle modifiche dei Trattati, è ritenuta difficilmente conciliabile con l'identità costituzionale complessiva dell'Unione e incompatibile con quella degli Stati membri come Stati sociali e democratici di diritto. In questa prospettiva, la svolta inaugurata da *Cassis de Dijon* e dalla successiva estensione della nozione di "ostacoli" alle libertà economiche viene qualificata come una vera e propria deriva costituzionale (*constitutional dérapage*) nello sviluppo del diritto comunitario, v.

¹³⁴E. BJORGE, J. ZGLINSKI, *The principle of proportionality in EU law and its domestic application*, cit. 195.

¹³⁵ A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*, Oxford University Press, 2019, 69. Per una descrizione di tale principio, v. W. SADURSKI, *Reasonableness and Value Pluralism in Law and Politics*, in G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini, *Reasonableness and Law*, Springer, 2009, 131

legislativa, per cui era sufficiente che una misura legislativa non fosse manifestamente irragionevole per superare tale vaglio¹³⁶.

7. Il principio di proporzionalità della pena in ottica *backward-looking*: il lungo cammino della Corte costituzionale italiana verso la proporzionalità della pena.

7.1. L'ulteriore distinzione tra proporzionalità ordinale e cardinale. C'è spazio per entrambe nell'applicazione del principio?

È giunto ora il momento di individuare le coordinate fondamentali del principio di proporzionalità della pena. Com'è stato già in precedenza rilevato, si tratta dell'accezione di proporzionalità tradizionalmente associata all'ambito penalistico, con particolare riferimento alle esigenze di commisurazione della pena stessa. Non stupisce, dunque, che esso sia stato ampiamente impiegato come paradigma nella fase del *sentencing* da parte della dottrina anglosassone che ha cercato di individuare risposte soddisfacenti alla domanda "quanto punire?"¹³⁷.

Trattandosi di un argomento estremamente vasto, non sarà possibile dedicarsi ad un'analisi delle diverse declinazioni della teoria della pena, nell'elaborazione italiana e anglosassone. Pertanto, si è scelto di limitare l'attenzione al progressivo affermarsi nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana del principio di proporzionalità quale criterio per il vaglio della severità delle pene comminate dal legislatore, in quanto si tratta dell'esito di uno sviluppo relativamente recente. Prima di ripercorrere tale evoluzione, è però necessario soffermarsi su un'ulteriore distinzione concettuale che è possibile tracciare nell'ambito del principio di proporzionalità della sanzione

¹³⁶ Ci si limita qui solo ad un cenno storico sull'impiego del principio di proporzionalità tra mezzo e scopo da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Per una più ampia disamina del principio "in azione" nei casi relativi alla libertà di espressione, e, in particolare, al discorso d'odio, sia consentito rinviare al Cap. III, parte II.

¹³⁷ A. VON HIRSCH, *Doing Justice. The choice of Punishment*, Northeastern University Press, 1986. A. ASHWORTH, A. VON HIRSCH, *Proportionate sentencing. Exploring the principles*, Oxford University Press, 2005.

penale. Si tratta della nota separazione tra la categoria della proporzionalità ordinale e quella della proporzionalità cardinale. Ciò perché, essa costituisce la lente attraverso cui è possibile leggere i punti di svolta fondamentali di tale percorso.

Si tratta di una differenziazione tracciata nel contesto della dottrina anglosassone. Secondo Andrew Von Hirsch, la distinzione può essere così tematizzata¹³⁸. Premesso che interpretare la proporzionalità come mero criterio di “cornice” (limiti minimo/massimo) è concettualmente insoddisfacente, perché consentirebbe, all’interno dell’intervallo, differenziazioni punitive fondate su esigenze preventive, con l’effetto di attribuire gradi diversi di censura a condotte di pari gravità.

Al tempo stesso, è poco plausibile sostenere che la proporzionalità determini per ciascun reato una quantità esatta di pena, poiché ciò presupporrebbe una capacità quasi intuitiva di identificare il *quantum* “giusto” in termini assoluti.

La soluzione proposta dall’autore è, allora, distinguere tra proporzionalità ordinale e cardinale: la prima riguarda la struttura comparativa della scala sanzionatoria e impone che pene uguali corrispondano a reati di pari gravità e pene progressivamente più onerose a reati più gravi.

La seconda concerne invece la grandezza complessiva della scala e i suoi punti di ancoraggio, i quali non sono determinabili come unici e necessari in senso assoluto, poiché l’intensità con cui l’ordinamento traduce il biasimo in privazioni è, entro certi margini, convenzionale.

Tuttavia, tale convenzionalità non è illimitata: la proporzionalità cardinale opera come controllo esterno contro l’inflazione o la deflazione dell’intero apparato punitivo, impedendo che intrusioni molto gravose nei diritti vengano impiegate per esprimere disapprovazioni modeste, o che fatti gravissimi ricevano risposte eccessivamente attenuate. Una volta fissati gli ancoraggi della scala, i vincoli ordinali tornano stringenti e impediscono di modulare la pena in base a fattori estranei alla gravità del

¹³⁸ A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, in *16 Crime & Just.* 55, 1992, 75 ss.

fatto, pur restando ferma la possibilità che altri valori concorrenti giustificchino, in casi determinati, scostamenti dalla proporzionalità.

In particolare, il concetto di proporzionalità cardinale o proporzionalità in senso “assoluto” ha suscitato, nella dottrina sia nostrana che internazionale, un certo scetticismo. I dubbi si sono concentrati sul problema dell’incommensurabilità dei valori in gioco, lo si ribadisce, da una parte la gravità del fatto, da scompare in quelli che sono considerati i suoi due elementi costitutivi, ovvero l’entità del danno e il grado di colpevolezza, e dall’altra la severità della pena. Il problema è stato dunque espresso in questi termini; «si provi a bilanciare questi beni, o a confrontarli con la “misura” della colpevolezza, un’operazione davvero poco scientifica, e si vedrà subito che sono entità prive di base epistemologica di raffronto»¹³⁹.

Altrettanto netta l’opinione di chi ritiene che «attempts to make proportionality a reasonable precise, positive guide to sentencing are doomed to failure [since] to do that we would need to construct a single scale of seriousness on which to locate every sentence: but neither of these enterprises is achievable»¹⁴⁰.

Una diversa impostazione è quella di coloro che sostengono che anche la proporzionalità cardinale ha un importante ruolo da giocare nel controllo costituzionale sulle pene edittali, ribaltandone la prospettiva, da positiva (la pena è proporzionata alla gravità del fatto commesso) a negativa (la pena non è sproporzionata rispetto al disvalore del fatto). Secondo la prospettiva di autorevole dottrina italiana, la proporzionalità cardinale offre il suo contributo, non tanto nel fornire un criterio per individuare la pena giusta per una singola fattispecie (operazione resa ardua dalla non commensurabilità tra gravità del reato e intensità della sanzione), quanto nel permettere di individuare per esclusione pene o cornici edittali che risultano chiaramente eccessive rispetto al comune sentire di giustizia in un determinato contesto sociale.

¹³⁹ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 1174.

¹⁴⁰ R. A. DUFF, *Proportionality and the Criminal Law: Proportionality of What to What?*, cit. 31.

Questa valutazione non coincide con un'impressione soggettiva del giudice: essa si struttura come confronto tra il danno o rischio cagionato agli interessi tutelati e il peso della compressione dei diritti fondamentali imposta dalla pena, cioè il livello di sofferenza che essa produce. Anche se tale confronto non consente misurazioni matematiche resta utile per segnalare, almeno in negativo, sanzioni non difendibili come reazione ragionevole al fatto.

In questa prospettiva, la proporzionalità cardinale si distingue dalla proporzionalità ordinale: quest'ultima cura la coerenza distributiva tra pene, ma non mette a fuoco il carico afflittivo; la prima, invece, mira a preservare un minimo di congruenza tra quel carico e l'offesa arrecata, così da rendere sostenibile che la pena sia una risposta adeguata al reato¹⁴¹.

7.2. Dalla uguaglianza alla proporzionalità passando per la ragionevolezza. La Corte costituzionale e il principio di proporzionalità della pena.

Svolta questa premessa, si procede ora a ripercorrere le tappe principali dell'evoluzione del *case-law* della Corte costituzionale italiana in materia.

Nel corso delle prime decadi della sua attività, la Corte costituzionale, notoriamente, riteneva di non poter effettuare alcun controllo sulle scelte del legislatore in relazione alla misura della pena, implicando queste ultime lo svolgimento di giudizi riservati alla discrezionalità politica¹⁴². Tale approccio mutò con la progressiva emersione del canone di eguaglianza-ragionevolezza, ossia di un controllo finalizzato a concretizzare nell'ordinamento penale il principio sottostante all'eguaglianza, frutto dell'integrazione tra i suoi due corni, l'eguaglianza formale e sostanziale, sanciti

¹⁴¹ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2020, 168 ss, 260 ss, 310 ss. Vedi, ivi, anche sul tema della formulazione preferibile tra “pena non sproporzionata” o “pena non manifestamente sproporzionata”.

¹⁴² C. Cost., 11 febbraio 1971, n. 22, in relazione ad una questione di legittimità sollevata in merito alle cornici edittali dell'art. 625 c.p., la corte respinse le censure sia con riguardo all'art. 3 che con riguardo all'art. 27 Cost., poiché: «la questione esula da un qualsivoglia riscontro di costituzionalità, poiché attiene a scelte di politica legislativa, sottratte al sindacato di questa Corte». *Ivi*, §2 (diritto).

dall'art. 3 Cost., secondo cui esso impone di trattare in modo uguale situazioni uguali e di differenziare il trattamento di situazioni diverse. A partire da tale base, il novero dei parametri di costituzionalità si arricchì ulteriormente attingendo all'art. 27, primo e terzo comma della Carta fondamentale; infatti, « l'uguaglianza, [inoltre], “quale ideale regolativo di un diritto penale non arbitrario”, trova dei concreti punti di riferimento, in materia penale, nei presupposti e nei fini espressamente assegnati alla pena nello stesso sistema costituzionale, concorrendo a determinarne i significati assiologici e garantistici; e attraverso la proporzione contribuisce a rendere quanto più possibile “personale” la responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.) e a finalizzare la pena in senso rieducativo (art. 27, comma 3, Cost.)»¹⁴³.

Dalla rigidità di un vaglio costituzionale fondato esclusivamente sul principio di eguaglianza, la Corte passò, dunque, alla flessibilità del canone di ragionevolezza, ossia all'adozione di un set di canoni di razionalità politico-criminale, usati spessi in chiave contestuale e cumulativa, tra cui spicca il principio di proporzionalità, ancorato, lo si ribadisce, al principio rieducativo e al principio di colpevolezza¹⁴⁴.

La struttura del controllo di costituzionalità fondato su tali premesse, è stata definita in dottrina, una struttura triadica o a “rime costituzionalmente obbligate”¹⁴⁵; ciò, in quanto, essa era fondata sull'imprescindibile confronto non solo tra la fattispecie censurata e i parametri di costituzionalità, ma anche tra la prima e una fattispecie analoga, con funzione di c.d. *tertium comparationis*, ovvero «un *medium* comparativo in grado di significare l'asimmetria sanzionatoria così da neutralizzare *in nuce* apprezzamenti di merito rimessi tradizionalmente alla discrezionalità del legislatore»¹⁴⁶. Quanto ai rimedi applicati dalla Corte, a fronte della censura della

¹⁴³ G. DODARO, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 1405, citando Corte cost. n. 50 del 1980.

¹⁴⁴ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. Giostra, G. Insolera, a cura di, *Costituzione diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, 68 ss.

¹⁴⁵ *Ex multis*, V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012. 108 ss..

¹⁴⁶ ID, *Proporzione senza geometrie*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 2106.

misura della pena prevista dalla norma, solitamente il minimo edittale, l'intervento correttivo può tradursi o in una semplice espunzione della disposizione censurata, con la conseguente riespansione di altre previsioni già presenti nell'ordinamento, oppure in pronunce manipolative "a rime obbligate", nelle quali la disciplina dichiarata illegittima viene sostituita con quella ricavata dal testo della stessa norma assunta come termine di raffronto¹⁴⁷.

In dottrina, sono state profondamente indagate le ragioni dell'impiego del mezzo rappresentato da questo termine di paragone normativo, di cui sebbene da una parte sia stata riconosciuta l'indispensabilità, dall'altra se ne sono colte le ricadute indesiderabili sull'ampiezza dello scrutinio della Corte. È stato, invero, osservato che, se da un lato, «nel giudizio sulla misura della pena l'utilizzazione del *tertium comparationis* discenda tanto dall'esigenza di cercare di razionalizzare una verifica che sconta l'incertezza insita nella conversione in termini quantitativi, di valutazioni qualitative, quanto dalla impossibilità di accertare la proporzione tra i disvalori del reato e della pena, se non mediante un giudizio relativo», dall'altro ciò significa anche la conseguente impossibilità di uscire dalla logica sanzionatoria che ha presieduto alla "dosimetria" legislativa di un determinato ordinamento »¹⁴⁸.

Militava contro il *tertium comparationis* anche la constatazione che un'erronea indicazione dello stesso poneva la Corte nelle condizioni di non poter intervenire, se non offrendo al più "suggerimenti" sottotraccia per una futura riproposizione della questione¹⁴⁹.

¹⁴⁷ N. CANZIAN, *Il giudizio di proporzionalità intrinseca ed estrinseca: il caso dell'appropriazione indebita*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2024, 1202

¹⁴⁸ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., 72.

¹⁴⁹ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, cit., 108-109 a proposito della travagliata vicenda delle censure di costituzionalità mosse all'elevato minimo edittale previsto per la fattispecie di sequestro di persona a scopo di estorsione, infine accolte dalla Corte con la sentenza del 23 marzo 2012, n. 68, dopo svariate ordinanze di rigetto dovute ad una impropria selezione del parametro. V. anche A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 791: «[il giudizio di ragionevolezza triadico] il più delle volte è spiaggiato sulle rive dell'inammissibilità. L'assenza di una rima costituzionalmente obbligata, infatti, precludeva qualsiasi trapianto sanzionatorio». In effetti, un ulteriore profilo problematico era rappresentato dal fatto che non sempre era possibile rinvenire nell'ordinamento una fattispecie che potesse svolgere la funzione di

L'arresto giurisprudenziale che segnò un momento di rottura con l'assetto così delineato e dischiuse le porte ad un test di proporzionalità c.d. intrinseca con riguardo alla misura della pena rispetto alla gravità della fattispecie astratta è rappresentato dalla sentenza del n. 236 del 2016, in cui la Corte relegò la disposizione normativa individuata come *tertium comparationis* da parte del giudice remittente ad una funzione marginale, per procedere ad una diretta valutazione della proporzionalità della cornice edittale in relazione alla gravità della fattispecie.

Questa, in breve, la vicenda. Con ordinanza del Tribunale ordinario di Varese, nel corso di un procedimento penale, era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 567, comma 2, c.p. (alterazione dello stato civile di un neonato mediante falsità), in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui la norma prevedeva una cornice edittale ritenuta irragionevolmente eccessiva e sproporzionata. Quanto al *tertium comparationis*, il rimettente aveva effettivamente impostato parte delle proprie argomentazioni anche in chiave comparativa, richiamando ulteriori fattispecie incriminatrici come parametro di confronto, e in particolare, tra le altre, il trattamento più mite previsto per l'art. 567, comma 1, c.p., oltre a ulteriori disposizioni del Titolo XI, Capo III¹⁵⁰.

Nella stessa ordinanza, tuttavia, la questione veniva formulata come dubbio sulla ragionevolezza intrinseca della cornice edittale del comma secondo, anche alla luce di tali raffronti, che il rimettente utilizzava per sostenere la sproporzione tra pena e disvalore della condotta¹⁵¹.

La Corte qualificava la questione come censura di manifesta irragionevolezza intrinseca della cornice edittale. Essa precisava inoltre che lo scrutinio richiesto era, anzitutto, un controllo di proporzionalità tra il trattamento sanzionatorio e il disvalore della condotta, e non «una verifica impostata sull'asserito diverso trattamento di condotte simili» mediante «la mera identificazione» di *tertia comparationis*, laddove

termine di paragone, così, inevitabilmente precludendo qualunque altra via che non fosse la declaratoria totale di incostituzionalità della disposizione normativa.

¹⁵⁰ Il riferimento è all'art. 566, secondo comma e 568 c.p.

¹⁵¹ C. Cost., 21 settembre 2016, n. 236, §§1.3 (fatto), 4.3 (diritto)

gli elementi comparativi operavano, al più, come fattori che rendevano più evidente l'esito del vaglio¹⁵².

In coerenza con tale impostazione, la Corte chiariva che il sindacato veniva condotto tramite una valutazione relazionale «per linee interne», svolta integralmente entro la disciplina del medesimo art. 567 c.p., così da giudicare coerenza e proporzionalità delle sanzioni attribuite alle due sotto-fattispecie, senza importare criteri dosimetrici esterni¹⁵³.

Quanto alla definizione della disciplina sostitutiva, la Corte ribadiva che l'intervento manipolativo poteva legittimamente avvenire solo facendo leva su punti di riferimento già disponibili nell'ordinamento, ovvero «grandezze già rinvenibili nel sistema», per non sostituire la propria discrezionalità a quella del legislatore¹⁵⁴. Su questa base, la Corte individuava come unica soluzione praticabile la parificazione del trattamento sanzionatorio delle due fattispecie interne all'art. 567 e dichiarava quindi incostituzionale il secondo comma nella parte in cui prevedeva la reclusione da cinque a quindici anni anziché da tre a dieci anni.

Tale straordinario cambio di rotta, che ha avuto forte risonanza anche in dottrina, è stato ulteriormente consolidato nella successiva giurisprudenza della Corte, di cui si citano alcuni arresti significativi come la sentenza n. 40 del 2019, in materia di traffico di droghe c.d. pesanti o la recentissima sentenza n. 46 del 2024 in relazione al minimo edittale previsto per il reato di appropriazione indebita, portato da quindici giorni a ben due anni dagli interventi del 2019¹⁵⁵.

Per concludere tale rapido affresco, è necessario menzionare la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea *NE contro Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, del 2022, che nell'interpretare la direttiva 2014/67/UE in materia di lavoratori distaccati, ha affermato l'efficacia diretta e quindi la diretta applicabilità da parte del giudice comune del principio di proporzionalità delle pene, sancito dall'art.

¹⁵² *Ivi*, § 4.3. (diritto).

¹⁵³ *Ivi*. §4.5 (diritto)

¹⁵⁴ *Ivi*, §4.4.

¹⁵⁵ Il riferimento è alla l. 9 gennaio 2019, n. 3, nota nel gergo giornalistico come “legge spazzacorrotti”.

49, paragrafo terzo della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e richiamato in diversi atti di diritto secondario dell'unione nella declinazione coincidente con la formula c.d. *Greek Maize* perché per la prima volta affermata nella pronuncia della Corte di giustizia *Commissione contro Grecia del 1989*¹⁵⁶, che richiede l'applicazione di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive a presidio del diritto dell'Unione. E' stato rilevato che tale pronuncia potrebbe avere ripercussioni critiche sulla garanzia del principio di legalità, soprattutto laddove indica ai giudici comuni nazionali la facoltà di applicare una pena inferiore da quella prevista dalla legge nazionale, così di fatto disapplicando la disposizione normativa interna, seppur solo quanto alla cornice edittale, senza necessità di un "passaggio" dalla Corte costituzionale, divenendo, di conseguenza, essi protagonisti di un sindacato diffuso sulla proporzionalità della pena, con nocumento per il principio di legalità e il rischio di introdurre sperequazioni nel sistema penale quanto alla commisurazione della pena¹⁵⁷.

8. Proporzionalità della pena e proporzionalità delle scelte di incriminazione alla prova di scenari particolari: dal divieto convenzionale di pene detentive per la diffamazione a mezzo stampa alla garanzia europea del *ne bis in idem*.

8.1. L'incidenza della tipologia di pena sulla proporzionalità della scelta di incriminazione: il caso della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla diffamazione a mezzo stampa.

¹⁵⁶ *Commissione c. Grecia*, 21 settembre 1989, causa no. 68/88.

¹⁵⁷ Per tali rilievi e ulteriori approfondimenti, M. PELISSERO, *The Influence of Proportionality of Penalties Derived from EU Law on Domestic Criminal Legislation and Sentencing*, in L. Grossio, S. Montaldo, V. Mitsilegas, (eds.) *Proportionality of Criminal Penalties in EU Law*, Hart Publishing, 2025, 409 ss. V. anche S. MONTALDO, *Handle with care! The direct effect of the requirement of proportionality of sanctions and the remedy of disapplication: NE v. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, in *60 Common Market Law Review*, 2023, *passim*.

Al termine di tale ricostruzione delle diverse declinazioni in cui si estrinseca la concettualizzazione del principio di proporzionalità nella dottrina e nella giurisprudenza delle Corti costituzionali e delle Corti europee, è opportuno svolgere alcune considerazioni nel tentativo di precisare alcune ambiguità o punti oscuri che possono celarsi in esse, ovvero di muovere alcuni rilievi critici al fine di contribuire alla predetta opera di elaborazione teorica e di definizione di significato del concetto di proporzionalità.

È certamente corretto distinguere tra la proporzionalità della pena come proporzionalità retrospettiva e la proporzionalità delle scelte di incriminazione come giudizio prospettico¹⁵⁸; tuttavia, tale distinzione, se ci si arresta alle espressioni o diciture “proporzionalità della pena” e “proporzionalità delle scelte di incriminazione” potrebbe provocare il rischio di fraintendimenti, o comunque indurre in errore. Infatti, essa è da intendersi non come tracciata con riguardo all’oggetto materiale dei giudizi, pena da un lato, opzione incriminatrice, o, più specificamente, norma di condotta¹⁵⁹, dall’altro, bensì in relazione alle diverse prospettive nella cui ottica vengono svolti, nonché agli elementi presi in considerazione nei rispettivi giudizi.

Conviene ricordare che, nel primo caso, il principio di proporzionalità opera in una dimensione *backward-looking*, come criterio di commisurazione della pena alla gravità del reato già commesso. È di intuitiva ed immediata riconduzione al giudizio proprio del giudice penale nella fase applicativa, che presuppone la legittimità della norma incriminatrice e della cornice edittale, e si traduce nella verifica che la sanzione

¹⁵⁸ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2020, 126: «Ciò che importa, però, è evitare confusione tra i due concetti e le due prospettive che stanno alla base di ciascuna di esse, l’una, quella del generale giudizio di “proporzionalità” di ogni misura restrittiva dei diritti fondamentali, necessariamente “*forward-looking*”; l’altra, quella del giudizio di proporzionalità della pena nell’accezione utilizzata in questo studio, necessariamente “*backward-looking*”. Condivisibile è anche il monito «*bene iudicat qui bene distinguit*» che conclude la citazione del chiaro autore. L’importanza essenziale dell’evitare confusione tra concetti differenti è ribadita altresì in N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità in materia penale*, cit., 115-116: «Si tratta di giudizi del tutto distinti per oggetto, metodologia e contesto, uniti appunto soltanto sul piano linguistico e non su quello contenutistico». V. A. J. MENÉNDEZ, *The Guardianship of European Constitutionality: a structural Critique of European Constitutional Review*, in, M. Andenas, T. Bekkedal, L. Pantaleo (eds.), *The Reach of Free Movement*, Springer, 2017, 199-200.

¹⁵⁹ Secondo la distinzione elaborata nella dottrina tedesca e ampiamente illustrata in N. Recchia, *Il principio di proporzionalità delle scelte di incriminazione*, cit. 122 ss.

concretamente inflitta non ecceda quanto giustificato dal disvalore del fatto concreto e dal grado di colpevolezza sulla base dei quali formulare e muovere al singolo un rimprovero penale. In questa prospettiva la proporzionalità assume la funzione di garanzia individuale contro l'eccesso punitivo. Non solo. Secondo autorevole dottrina, questo giudizio può operare anche su altri due livelli; quello del legislatore alla cui discrezionalità è affidata la determinazione della comminatoria edittale e al giudice costituzionale, cui compete il controllo della stessa, con il possibile esito di sua censura per profili di illegittimità costituzionale. Esso, dunque, svolge un ruolo anche nella prospettiva astratta ed *ex ante* della determinazione della pena, nell'accezione ora descritta¹⁶⁰.

Diversa è la logica del controllo di proporzionalità delle scelte di incriminazione, che si colloca invece su un piano *forward-looking*. Qui la valutazione non è rivolta a un fatto concreto già verificatosi, ma alla adeguatezza, stretta necessità e proporzionalità *stricto sensu* dell'intervento penale in chiave, appunto, prospettica e futura, ossia, in rapporto agli scopi di tutela perseguiti dal legislatore¹⁶¹. È a questo punto che si può svolgere una precisazione ulteriore, per evitare di incorrere nell'equivoco menzionato poc' anzi.

Quest'ultimo giudizio di proporzionalità delle misure limitative dei diritti fondamentali, altresì denominato proporzionalità materiale¹⁶², riguarda non solo la

¹⁶⁰ Ciò emerge, seppur, forse, indirettamente, nella ricostruzione contenuta in F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2020, 178, laddove, trattando del tema della individuazione degli elementi sulla base dei quali valutare la gravità del fatto, secondo termine di relazione presupposto dal principio di proporzionalità sanzionatoria, e approcciandosi al problema di quale rilievo attribuire agli elementi di natura soggettiva, rispetto a quelli oggettivi, si afferma che «il problema si sposta sul piano della più precisa identificazione di questi elementi, la cui gravità concreta è destinata a incidere sul quantum della pena *concretamente inflitta, o comminata dal legislatore*» (corsivo di chi scrive).

¹⁶¹ La concettualizzazione di questa distinzione di piani si rintraccia peraltro anche nella vasta riflessione angloamericana in tema di *theory of punishment*. V. A. VON HIRSCH, *Doing Justice. The choice of punishment*, Northeastern University Press, 1996, 46-47: «It is important here to distinguish between the rationale for punishing and the rationale for the underlying legal prohibitions. Concededly, the latter, the criminal's substantive prohibitions are forward looking in their aim: murder is prohibited so that citizens will not kill one another. But the question is whether, once a violation has occurred, the basis for punishing is the violator is still forward-looking or is retrospective»

¹⁶² C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione Europea dopo Lisbona*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 111 ss. L'Autore, concentrandosi sulla prospettiva euorunitaria traccia una sintesi cristallina delle differenze e delle interrelazioni tra i principio in parola,

decisione di criminalizzare una determinata condotta, ma anche, e necessariamente, la scelta del tipo e dell'intensità della sanzione che l'ordinamento ricollega a quella condotta¹⁶³. La proporzionalità dell'incriminazione implica, infatti, una valutazione comparativa tra i benefici attesi in termini di protezione dei rilevanti diritti e interessi giuridici e le conseguenze deteriori che la previsione di una determinata sanzione infligge, in primo luogo e in via diretta, ai diritti fondamentali del reo, non solo quelli compresi dalla tipologia di sanzione scelta, bensì anche quelli con cui interferisce la scelta di incriminazione da parte della norma di condotta¹⁶⁴ nonché in via indiretta e collaterale ai consociati. Sulla determinazione di tali sacrifici e svantaggi gioca un ruolo determinante anche la specie della pena prevista, non potendosi certo relegare quest'ultima alla sola logica retrospettiva del giudizio di proporzionalità della pena *backward-looking*.

In questo senso, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo offre un'indicazione particolarmente significativa. Nei casi relativi alla diffamazione a mezzo stampa commessa da giornalisti, la Corte ha costantemente affermato che gli Stati possono, in linea di principio, ricorrere allo strumento penale per tutelare beni quali l'onore e la reputazione, senza che tale scelta sia di per sé incompatibile con l'art. 10 CEDU¹⁶⁵. Tuttavia, la Corte ha altresì chiarito che la compatibilità convenzionale

concentrandosi anche sulla distinzione tra proporzionalità "alla tedesca", sviluppata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, di stampo utilitaristico e finalizzata alla valutazione del «rispetto della proporzionalità tra mezzi impiegati e scopi perseguiti» e un secondo principio di proporzione dal vago sentore retribuzionistico e posto sempre in funzione di garanzia, iscritto nell'art. 49, terzo comma, della Carta dei diritti di Nizza». V. anche sulla distinzione tra *prospective e retrospective proportionality* in generale e nel quadro del diritto eurounitario, P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stoccolma, 2012, 189 ss.

¹⁶³ Individua questo punto di contatto tra le due declinazioni del principio di proporzionalità anche rispetto alla sua formulazione nel diritto eurounitario, J. DŁUGOSZ, *The Principle of Proportionality in European Union Law as a prerequisite for Penalisation*, cit., 290: «An aspect that links these two concepts of proportionality seems to be a correlation with the issue of determining the adequacy of sanction severity».

¹⁶⁴ Ciò è stato chiaramente illustrato da autorevole dottrina, v. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale, passim*, in particolare 231 ss.

¹⁶⁵ Per una approfondita disamina dei principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza convenzionale in materia di libertà di stampa, con particolare riferimento al diverso trattamento di fatti e opinioni, che come si vedrà in seguito costituisce un *topos* della giurisprudenza in materia di libertà di espressione anche di alcune corti costituzionali nazionali, e al diverso grado di tollerabilità dell'ingerenza nel diritto all'onore e alla riservatezza di cui godono differenti categorie di figure istituzionali, molto elevato nel caso di personaggi politici, medio nel caso di funzionari pubblici, più ridotto in relazione agli appartenenti alla magistratura, v. A. VISCONTI, *Reputazione, Dignità, Onore. Confini penalistici e*

dell'incriminazione è strettamente condizionata dal tipo di sanzione prevista, poiché la pena concorre in modo determinante a definire l'intensità dell'interferenza nella libertà di espressione.

Si tratta di un orientamento giurisprudenziale emerso da più di due decenni, che appare ormai pienamente consolidato. Il *leading case* di tale filone è rappresentato dalla sentenza *Cumpănă e Măzare c. Romania* del 2004 in cui i giudici di Strasburgo ritennero contraria alla Convenzione la condanna di un giornalista e dell'editore di un giornale locale che tramite un articolo e una vignetta aveva accusato il vicesindaco e una consulente legale del comune, poi divenuta giudice, di condotte fraudolente e corrotte in relazione ad un contratto stipulato dal comune di quella città con una società incaricata della rimozione dei veicoli in divieto di sosta. Ciò non in relazione alla condanna dei due ricorrenti per ingiuria e diffamazione, riguardo alla quale la Corte giunge alla conclusione che i giudici nazionali avessero fornito motivazioni pertinenti e sufficienti, e che «*in the circumstances of the case that the domestic authorities were entitled to consider it necessary to restrict the exercise of the applicants' right to freedom of expression and that the applicants' conviction for insult and defamation accordingly met a "pressing social need"*»¹⁶⁶.

prospettive politico-criminali, Torino, 2018, 478-494. V. M. JONES, *Defamation and the Right to Freedom of Speech. The UK in Comparative Perspective*, Routledge, London, 2024, 138 ss; F. CASSIBBA, M. C. UBIALI, *Art. 10. Libertà di espressione*, in G. Ubertis, F. Viganò, a cura di, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*², Torino, 2022, 369-392; T. MCGONAGLE, M. MCGONAGLE, R. Ó FATHAIG, *Freedom of expression and Defamation. A Study of the Case Law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, 2016, 11 ss.; A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013, 57 ss. P. CARETTI, *Sub Art. 10, CEDU. Libertà di espressione*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, a cura di, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, in 397 ss.

¹⁶⁶ *Cumpănă e Măzare c. Romania*, 17 dicembre 2004, no. 33348/96, §110. Questa valutazione fu svolta sulla base di una serie di elementi di fatto, da cui emergeva che i giornalisti non avevano adeguatamente verificato le accuse mosse nei confronti dell'ex-vicesindaco e della consulente legale del comune, attività che avrebbe richiesto, invece, un elevato grado di accuratezza e approfondimento, data la gravità delle stesse, presentando una distorta versione dei fatti. In aggiunta, i due si erano del tutto disinteressati dalla partecipazione attiva nei procedimenti presso le corti domestiche, non presentando ai giudici rumeni i materiali su cui avevano successivamente costruito il ricorso presso la Corte europea dei diritti dell'Uomo e trincerandosi dietro un'improbabile necessità di proteggere le proprie fonti, che in realtà non sarebbe entrata in conflitto con l'allegazione delle proprie ragioni di fronte alle corti nazionali. V. anche *Artun e Güvener c. Turchia*, 26 giugno 2007, no. 75510/10.

Invero, l'elemento determinante della decisione è rappresentato dall'esito del giudizio della Corte sulla tipologia e la severità della sanzione penale imposta ai ricorrenti. Nello svolgimento di tale valutazione, i giudici di Strasburgo affermano che l'imposizione di pene detentive per reati di questa natura è da ritenersi sproporzionata non perché illegittima la criminalizzazione in quanto tale, ritenuta anzi esente da censure in questo specifico caso, quanto perché tale scelta sanzionatoria, per i suoi effetti collaterali, eccede quanto necessario in una società democratica. La Corte ha più volte sottolineato la necessità di esercitare una particolare cautela quando le sanzioni inflitte ai professionisti dei *media* siano tali da dissuaderli dal partecipare al dibattito su questioni di legittimo interesse pubblico, evidenziando come il timore di sanzioni penali sia idoneo a produrre un *chilling effect* sull'esercizio della libertà giornalistica. Tale effetto dissuasivo, che opera in danno non solo dei singoli destinatari della sanzione ma della società nel suo complesso, viene espressamente considerato un elemento rilevante nel giudizio di proporzionalità e, dunque, nella giustificazione delle sanzioni irrogate ai giornalisti.

È significativo osservare come, in questo contesto, la valutazione di proporzionalità non si svolge in un'ottica esclusivamente retrospettiva, rivolta al fatto già commesso e alla sua gravità, ma si fonda anche su una considerazione prospettica degli effetti futuri della sanzione, in termini di dissuasione generalizzata dall'esercizio della libertà di espressione. La pena detentiva viene così giudicata sproporzionata non solo per ciò che rappresenta come risposta al singolo illecito nei casi sottoposti all'attenzione della Corte, ma per ciò che è idonea a produrre sistemicamente sul comportamento della categoria dei giornalisti e, più in generale, sulla qualità del dibattito pubblico. In tal modo, la proporzionalità della pena diviene criterio attraverso cui si misura, complessivamente e in astratto, la legittimità dell'interferenza normativa nella libertà di espressione.

Il presente principio di diritto, e le ragioni ad esso sottese legate al *chilling effect* quale conseguenza "collaterale" dell'applicazione della pena detentiva, sono state costantemente ribadite dalla Corte nella giurisprudenza successiva, tra cui spiccano ben tre pronunce che hanno visto la condanna dell'Italia per violazione dell'art. 10

CEDU¹⁶⁷; in ciascuna di esse, a fronte del riconoscimento da parte della Corte che, alla luce delle circostanze del caso concreto, le autorità giudiziarie interne avessero il diritto di limitare la libertà di espressione dei ricorrenti, i quali avevano ecceduto i limiti dell'esercizio del diritto di cronaca e critica giornalistica, i giudici di Strasburgo reiterano l'applicazione del principio secondo cui nei casi di diffamazione a mezzo stampa, in ragione della peculiare e preziosa funzione svolta dai giornalisti in un sistema democratico e in considerazione del rischio di *chilling effect*, ossia della portata dissuasiva che la comminatoria e l'applicazione della pena detentiva può

¹⁶⁷ *Belpietro c. Italia*, 24 settembre 2013, no. 43612/10; *Ricci c. Italia*, 8 ottobre 2013, no. 30210/06; *Sallusti c. Italia*, 7 marzo 2019, No. 22350/13. Com'è noto, a seguito di tali ripetute condanne da parte della giurisprudenza convenzionale, la Corte costituzionale italiana, si è pronunciata nel senso dell'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della l. 8 febbraio 1948, n. 47, in materia di disposizioni sulla stampa, nella parte in cui imponeva al giudice l'applicazione cumulativa di una pena detentiva e di una pena pecuniaria (reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a euro 258) nei casi di diffamazione a mezzo stampa, consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, laddove non fossero applicabili nel caso concreto, circostanze attenuanti giudicate prevalenti o, almeno, equivalenti all'aggravante in esame. La Corte contestualmente respinse le censure di illegittimità costituzionale mosse all'art. 595, terzo comma, c.p., dove si prevede che nei casi di diffamazione commessa con il mezzo della stampa si applichi la pena della reclusione, *ovvero, quindi in alternativa*, la pena pecuniaria. V. C. Cost., 22 giugno 2021, dep. 12 luglio 2021, n. 150. Questa pronuncia della Corte suscitò notevole interesse nella dottrina italiana, per due ragioni. La prima consiste nell'utilizzo della particolare tecnica del differimento del giudizio di illegittimità costituzionale tramite ordinanza, in questo caso ord.n. 132 del 2020, per lasciare al legislatore il tempo di intervenire al fine di apportare interventi di riforma in ambiti particolarmente sensibili, sul piano delle scelte di valore da compiere, in cui sia necessario l'esercizio di una discrezionalità politico-criminale che solo egli può esplicare. La pronuncia in parola, invero, rappresentava, il secondo caso di applicazione della tecnica menzionata, essendo stata preceduta dall'ordinanza relativa al noto caso Cappato in materia di aiuto al suicidio. V. ord. n. 207 del 2018, seguita, stante l'inerzia del legislatore, dalla sent. del 25 settembre 2019, dep. 22 novembre 2019, n. 242. La seconda ragione, di particolare rilievo per il presente elaborato, è che, sebbene il giudice delle leggi si sia posto decisamente nel solco della già illustrata giurisprudenza della Corte di Strasburgo (v. C. Cost. n. 150/2021, § 4.2.), pare accogliere una concezione più ampia della categoria di casi eccezionali, in cui anche il giudice europeo ritiene proporzionata e necessaria in una società democratica l'applicazione della pena detentiva ai giornalisti. Se la corte europea si limita ai casi di discorso d'odio e incitamento alla violenza, la Corte costituzionale include in questo novero anche «campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social 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» (Ivi, § 5.3.). Conviene precisare che non è stata la sola spinta proveniente dalle decisioni della Corte europea a innescare nel nostro ordinamento un dibattito circa l'opportunità di ridefinire il bilanciamento tra i beni giuridici dell'onore e della reputazione, da sempre categorie problematiche, di difficile maneggiabilità da parte del diritto penale, e la libertà di stampa, nonché riguardo la collegata esigenza di una riforma dei delitti contro l'onore in generale e della diffamazione, in particolare. *Ex multis*, in un dibattito dottrinale che si protrae da decenni, V. A. VISCONTI, *Reputazione, Dignità, Onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2019. A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale*, Roma, 2013. F. BELLAGAMBA, R. GUERRINI, *Delitti contro l'onore*, Torino, 2010. A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005, A. MANNA, *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993, ID., *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989,

esercitare sull'intera categoria, inibendo l'esercizio di tale vitale funzione, la pena detentiva può essere applicata solo in casi eccezionali, ricondotti dagli stessi giudici ai discorsi d'odio e all'incitazione alla violenza.

Alla luce delle precedenti considerazioni, si mette nuovamente in guardia dall'equivoco circa la concettualizzazione delle due anime del principio di proporzionalità che relega il giudizio sulla proporzionalità della sanzione nella sola ottica retrospettiva. Non si avoca certo ad una indebita sovrapposizione di giudizi che si collocano in prospettive differenti. Bensì, si vuole puntualizzare come la valutazione circa la proporzionalità della pena non sia esclusa quando si tratta di giudizio sulla legittimità di una misura che limita o interferisce con un diritto fondamentale ma, al contrario, essa ne può circoscrivere l'ambito di ammissibilità. Infatti, la stessa incriminazione può risultare conforme ai parametri convenzionali solo entro i limiti segnati dal trattamento sanzionatorio che l'accompagna. Ciò emerge chiaramente dall'orientamento giurisprudenziale della Corte di Strasburgo appena menzionato che si fonda sul principio per cui «la natura e la severità delle pene inflitte sono elementi da prendere ugualmente in considerazione quando si tratta di misurare la proporzionalità dell'ingerenza»¹⁶⁸.

8.2. Le ricostruzioni della dicotomia tra principio di proporzionalità retrospettiva e prospettica nella dottrina italiana: alcune osservazioni sulle interferenze tra le due declinazioni.

Del resto, tale conclusione, è stata elaborata, seppur con varietà di accenti dalla dottrina più attenta che negli ultimi anni ha dedicato autorevoli lavori monografici alle due anime del principio di proporzionalità, pure al netto di già citati *disclaimer* in cui se ne rimarca la distinzione per struttura, obiettivi perseguiti e oggetti di valutazione. Sia dunque consentito riportare direttamente le ricostruzioni di questi Autori.

¹⁶⁸ *Ricci c. Italia*, 8 ottobre 2013, no. 30210/06, cit. §§ 52, 59.

Da una parte, è stato, invero, riconosciuto che «la natura della sanzione non è [...] indifferente rispetto alla significatività dell'ingerenza nei diritti fondamentali dei singoli», considerazione a partire dalla quale è stata proposta una innovativa struttura del giudizio di proporzionalità delle scelte di incriminazione, in cui si procede «a verificare la proporzionalità di ciascun reato nella sua intierezza [...] dapprima con riguardo al diritto fondamentale sotteso alla condotta vietata, e, infine, nei confronti di quello insito nella precipua tipologia della sanzione»¹⁶⁹. Ciò nella piena consapevolezza che se «è certamente vero che spesso l'illegittimità di una fattispecie incriminatrice dipende già dalla norma di condotta in essa sancita senza tenere conto della sanzione prevista», d'altro canto «è pur vero che in altri casi è solo la considerazione della sanzione prevista a far ritenere eccessivamente limitato il diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta»¹⁷⁰.

Dall'altro si è osservato che, rimarcare la distinzione tra due diversi giudizi di bilanciamento, prospettico o “generale”, relativo a tutte le misure dello Stato limitative di diritti fondamentali, e retributivo, attinente all'ambito strettamente penale e fondato sul confronto tra gravità del fatto e severità della sanzione «non significa, beninteso, che un giudizio di proporzionalità di natura “prognostica” non possa avere alcun diritto di cittadinanza nella valutazione circa il *quomodo* e il *quantum* della pena», prospettandosi anzi, una ricostruzione in cui i due principi possano cumularsi, entrambi in funzione limitativa della potestà punitiva del legislatore, ma l'uno, il giudizio retrospettivo, in funzione sussidiaria e di «garanzia soggettiva addizionale» rispetto al principio di proporzionalità fondato sul bilanciamento¹⁷¹.

Si può, tuttavia, svolgere un'osservazione in relazione a quest'ultima teorizzazione del principio di proporzionalità. Il chiaro Autore persegue l'obiettivo di precisare quanto più possibile i contenuti di quella che definisce una teoria generale della proporzionalità della pena, o comunque un diritto costituzionale a non subire pene sproporzionate. Per fare ciò ritiene necessario delineare i termini della relazione di

¹⁶⁹ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit. 125.

¹⁷⁰ *Ibidem*, 124.

¹⁷¹ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 241.

proporzionalità della pena. Com'è evidente, uno di essi è rappresentato dalla pena stessa. Quale deve essere, dunque, il secondo termine della relazione? Secondo l'Autore non può che trattarsi della gravità del reato. Egli respinge di fatto il giudizio di proporzionalità della pena, intesa come misura limitatrice dei diritti fondamentali, da svolgersi secondo le cadenze di un giudizio «tutto orientato al futuro: e dunque alla presumibile funzionalità della norma a conseguire scopi di tutela dei beni giuridici [...] secondo la logica, comunque, del *punitur ne peccetur*», di confronto tra i numerosi e «gravi costi, diretti e indiretti, in termini di libertà costituzionalmente protette per l'individuo che ne è colpito, nonché [...] a carico dell'intera collettività» derivanti dalla pena e le finalità della stessa¹⁷². Si ritiene invece più appropriato «un giudizio che guarda al passato», in cui il reato sia «fondamento giustificativo» della pena «concepita innanzitutto come reazione ad un fatto già commesso». Ciò, in ragione dell'asserita convinzione secondo cui «solo laddove sia inteso in quest'ottica il principio di proporzionalità della pena risulta, in concreto, in grado di esplicitare una reale capacità limitativa delle scelte del legislatore in materia di sanzioni penali»¹⁷³, adducendo a dimostrazione di ciò la circostanza per cui «la gran parte delle pronunce, che, in tutto il mondo, hanno fatto sul serio con la proporzionalità della pena, invalidando scelte legislative ritenute incompatibili con tale esigenza, abbiano in effetti lavorato con un concetto retrospettivo di proporzionalità» e concludendo che «tale significato sia l'unico in grado di assicurare alla proporzionalità della pena una significativa capacità di rendimento quale criterio limitativo della potestà punitiva statale»¹⁷⁴. A sostegno della presente conclusione vengono portate alcuni esiti paradossali a cui è giunta la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, proprio in materia di proporzionalità della pena della sanzione penale, su cui si dirà a breve.

Inoltre, l'Autore avanza un ulteriore argomento a favore della propria tesi. Il giudizio orientato al futuro si declina, per sua stessa natura, in un'articolata analisi costi-benefici, che richiede al giudice di governare un numero elevato di dati dalla

¹⁷² *Ibidem*, cit. 177.

¹⁷³ *Ivi*, cit., 125.

¹⁷⁴ *Ivi*, cit., 122.

complessa valutazione. In sede di bilanciamento, nell'ambito della valutazione della proporzionalità in senso stretto occorre confrontare, da un lato «l'entità del sacrificio imposto al singolo», entità composita che include «restrizione della sua libertà d'azione», «potenziali pregiudizi alla sua libertà e al suo onore» connessi alle diverse fasi del procedimento penale e la «compressione dei beni incisi più direttamente dalla condanna e dalla pena». Dall'altro, gli obiettivi di tutela penale perseguiti dal legislatore e potenzialmente realizzabili attraverso la previsione della norma incriminatrice. A fronte di tale complessità, il giudizio retrospettivo di proporzionalità della pena alla gravità del fatto commesso si rivela come molto più semplice, essendo assai meno gli elementi di giudizio che si richiede alle Corti di gestire, il patimento provocato dalla pena al reo, e «non [anche] auspicati risultati futuri, bensì il danno o il pericolo già causati dall'autore alla vittima» attraverso la commissione del reato¹⁷⁵.

È su questo punto che ci si permette di avanzare un rilievo. La ricostruzione dei due diversi significati e ambiti di operatività della proporzionalità effettuata da entrambi gli Autori, il cui pensiero si è cercato qui di riportare fedelmente, è ineccepibile. Si esprime però un dubbio circa l'affermazione secondo cui per una Corte costituzionale o una Corte sovranazionale dei diritti, l'approccio alla proporzionalità della pena più efficace, agevole da seguire e foriero di maggiore garanzia per il reo e per la società nel suo complesso sia sempre e solo quello retrospettivo.

Si consideri nuovamente il filone giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di pena detentiva nei casi di diffamazione a mezzo stampa dei giornalisti, testé menzionata. Qualora la Corte, dopo aver affermato la necessità in una società democratica della condanna, ossia della punizione della condotta, avesse considerato la pena detentiva esclusivamente alla luce della gravità della condotta realizzata dai ricorrenti, non sembra azzardato affermare che ben avrebbe potuto ritenere anche una pena detentiva, peraltro nella maggior parte dei casi sospesa e in altri oggetto di provvedimenti clemenziali, proporzionata al fatto commesso nell'accezione contemplata dalla declinazione del test *backward-looking*.

¹⁷⁵ *Ivi*, 240-241, in adesione a N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 232 ss.

In questo caso, il vantaggio evidente dell'adozione di un modello prospettico o comunque di un test di proporzionalità generale "alla tedesca" consiste proprio in quella complessità che porta l'illustre Autore a ritenerlo di più difficile "dominabilità" da parte dei giudici. Infatti, è da ascriversi alla capacità di questo test di includere nel fuoco della sua valutazione l'intero novero degli effetti ricollegabili all'inflizione di una determinata sanzione, compresi gli effetti collaterali della stessa, categoria peraltro oggetto di sempre maggiore attenzione nella riflessione penalistica contemporanea anche presso la dottrina italiana¹⁷⁶, ad aver consentito alla Corte di Strasburgo di prendere in considerazione anche il *chilling effect* che la particolare tipologia di sanzione penale applicata, la pena detentiva, avrebbe prodotto nei confronti dell'intera categoria dei giornalisti, con conseguente lesione della fondamentale funzione da essi svolta nei sistemi democratici.

Peraltro, sembra di poter affermare che la Corte enunci e ribadisca tale principio proprio in un'ottica prospettica; non si limita infatti ad un'enunciazione rispetto ad un τὸδε τι passato, alla censura della specifica interferenza realizzata dalla particolare condanna dello Stato italiano, rumeno o turco, nei confronti di ricorrenti determinati. Bensì, essa formula una valutazione inevitabilmente rivolta alle ricadute negative future in un ordinamento di una pena detentiva inclusa nella comminatoria edittale per il reato di diffamazione a mezzo stampa.

Inoltre, non convince appieno la tesi dell'autorevole dottrina citata, che, porta come argomentazione a sostegno dell'individuazione del principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto compiuto in ottica retrospettiva quale, sia consentito ripeterlo, il solo dotato di apprezzabile capacità di rendimento nel limitare la potestà punitiva statale, l'esempio della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla compatibilità di pene detentive perpetue o comunque di significativa durata, rispetto alla quale si sostiene che ben poco avrebbe giovato l'arricchimento tramite un test di proporzionalità generale, di matrice tedesca.

¹⁷⁶ Per una recente trattazione monografica del tema, v. M. GALLI, *Gli effetti collaterali della pena*, Torino, 2024.

Infatti, la ragione per cui si dice che questa aggiunta non avrebbe prodotto risultati più garantistici è rinvenuta nella dimostrazione che questa stessa giurisprudenza offre di «quanto poco efficace sia stata l'adozione di un criterio fondato sulla mera logica della funzionalità della pena rispetto ad uno qualsiasi dei suoi scopi».

Tuttavia, vi è una profonda differenza tra un vaglio di compatibilità di una pena con una garanzia costituzionale basata sulla sua rispondenza ad una qualsiasi delle funzioni ad essa collegabili, in un ordinamento come quello statunitense la cui costituzione non indica alcuna funzione della pena come espressamente riconosciuta, e l'applicazione del test di proporzionalità comprensivo delle sue diverse fasi, precedentemente illustrate.

È certamente corretto affermare, come fa l'Autore che «venticinque o trent'anni di reclusione, o addirittura, l'ergastolo, contro un recidivo» possano pure giustificarsi in relazione a finalità della pena, qualora si sposino teorie consequenzialiste o utilitaristiche che le individuano nella deterrenza, *incapacitation* o riabilitazione¹⁷⁷. Ma questo criterio di valutazione, ispirato alla deferenza nei confronti della discrezionalità legislativa nella determinazione della pena, non ha nulla a che vedere con la rigorosa applicazione del test di proporzionalità prospettica, in cui la misura, in questo caso una sanzione penale, oltre che essere idonea al raggiungimento di un *proper purpose* (sembra questo infatti la verifica di un *rational connection* tra mezzo e scopo, se non addirittura l'esclusione di una *grossly irrational one* a cui si arresta la pregnanza del meccanismo argomentativo seguito dalla Corte Suprema nei casi *Rommel* e *Ewing* portati ad esempio dalla dottrina), deve essere anche quella che, a parità di efficacia, sia la meno lesiva per i diritti del condannato, e comunque, adeguata al sacrificio impostogli. Tentando di essere ancora più chiari, si sottolinea il rischio di travisamento insito in una interpretazione del test *forward-looking* che lo riduca alla sua sola prima fase, quella della *suitability*, ovvero, che suggerisca l'equazione «proporzionalità tra la gravità della pena e le finalità mediante essa perseguite = attitudine, intesa, peraltro, in senso ampio, della pena a raggiungere quelle finalità»,

¹⁷⁷ F. VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., 124.

indipendentemente da qualsivoglia considerazione per il destinatario di essa o per la società.

L'ultimo elemento di perplessità che ci si permette di avanzare in relazione alla presente ricostruzione, pur di elevatissimo profilo teorico, è il seguente. Dopo aver più volte ribadito la convinzione secondo cui il giudizio *backward-looking* costituisca lo strumento più adeguato a evitare la violazione di quello che è ricostruito come un vero e proprio diritto penale a non subire pene sproporzionata, in quanto lasciando questo compito al giudizio prospettico non vi sarebbero argini sufficienti ad evitare che esigenze di giustizia retributiva della pena siano travolte dall'obiettivo del legislatore di perseguire determinate finalità della pena stessa, la portata innovativa e dirompente della riflessione sembra in qualche modo ridimensionata dal ripetuto riconoscimento dell'«armonica sinergia delle due garanzie, entrambe convergenti nella limitazione della potestà punitiva statale»¹⁷⁸, nonché della già citata operatività cumulativa di entrambe, in cui il giudizio retrospettivo svolgerebbe un ruolo di ulteriore garanzia addizionale, logicamente e cronologicamente successiva a quello prospettico¹⁷⁹.

Peraltro, il punto di equilibrio cui si è giunti, ossia la consapevolezza di innegabili ragioni per distinguere tra le due anime del principio di proporzionalità, ma, al contempo l'esistenza di interferenze tra i due principi, nonché la fattualità dell'applicazione sinergica degli stessi, è stata registrata da parte della dottrina straniera anche nel contesto del diritto eurounitario, e, più specificamente nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Nel caso *Buitoni*¹⁸⁰,

¹⁷⁸ *Ivi*, 253. Segue peraltro l'affermazione secondo cui «una pena non strettamente necessaria rispetto ai propri scopi di tutela (perché sostituibile con altra pena meno gravosa per il condannato, a parità di efficacia di tutela) sarà costituzionalmente illegittima ancorché in ipotesi non sproporzionata rispetto alla gravità del reato commesso e per converso una pena sproporzionata resterà illegittima, anche se essa dovesse ritenersi non sostituibile con altra pena meno gravosa per assicurare le finalità preventive della pena stessa».

¹⁷⁹ Sembra potersi, dunque, condividere la posizione espressa dall'altra dottrina citata, secondo cui, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., 233: «si potrebbe forse, in modo alquanto pragmatico, osservare che – essendo tali giudizi entrambi pacificamente riconosciuti e garantiti costituzionalmente – tali questioni assumono rilevanza più teorica che pratica, dovendosi certamente riconoscere che la legittimità delle scelte sanzionatorie andrà vagliata alla luce di entrambi gli approcci, garantendo dunque l'applicazione dei risultati in concreto più favorevoli per il reo».

¹⁸⁰ *SA Buitoni v Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles*, 20 febbraio 1979, Case 122/78.

infatti, si era posto il problema della compatibilità con il principio di proporzionalità prospettica dell'irrogazione di una sanzione identica a fronte di condotte di gravità diversa, poiché il regime sanzionatorio prevedeva la perdita totale della garanzia sia per l'inadempimento dell'obbligazione sostanziale di importazione sia per la mera omissione dell'obbligo strumentale di dimostrarne l'avvenuto adempimento. È stato osservato che la Corte, nel giungere alla conclusione che la sanzione automatica di confisca totale della garanzia per quest'ultima meno grave infrazione, si sia mossa su un duplice piano argomentativo¹⁸¹. Da un lato, essa valuta la congruità della sanzione rispetto agli obiettivi della disciplina, richiamando così un criterio tipico della proporzionalità prospettica; dall'altro, però, fonda il giudizio di eccessività sulla minore gravità dell'infrazione sanzionata, introducendo un parametro, quello della gravità del fatto, che appare maggiormente riconducibile alla logica della proporzionalità retrospettiva.

Non si tratta, invero, di un caso isolato di applicazione simultanea e intrecciata dei due principi di proporzionalità, bensì ciò sembra costituire una vera e propria tendenza nel *case law* della Corte di Lussemburgo sui limiti derivanti dal principio in esame alle sanzioni penali eurounitarie, nel contesto dell'art. 49, paragrafo terzo della Carta di Nizza. Si considerino le espressioni utilizzate dalla Corte nelle motivazioni delle seguenti sentenze. Nel caso *Chmielewski* del 2015, i giudici statuiscono in questi termini l'obbligo degli Stati di conformarsi al principio in parola, nel contesto della definizione di sanzioni a presidio del rispetto della normativa eurounitaria, laddove abbia avuto luogo un processo di armonizzazione della stessa: «le misure amministrative o repressive consentite da una normativa nazionale non devono

¹⁸¹ P. ASP, *The Substantive Criminal Law of the EU*, cit., 192 ss. L'autore ascrive tale interferenza all'effettiva esistenza di un punto di contatto tra i due giudizi, consistente nel fatto che entrambi prendono in considerazione il danno posto in essere dall'autore, seppur da due prospettive, appunto, differenti. La proporzionalità prospettica considera il danno, o meglio, la prevenzione dello stesso, come uno degli obiettivi cui la misura deve tendere, da soppesare rispetto ai costi della stessa, in termini di compressioni di libertà degli individui. La proporzionalità retrospettiva guarda al danno, e peraltro alla sola frazione di danno, commesso dal singolo individuo per il quale egli sia rimproverabile penalmente, ossia colpevole in senso penalistico, come unico metro su cui parametrare la severità della sanzione. Rimarca ancora una volta l'autore, concordemente con quanto già rilevato nella ricostruzione della dottrina italiana citata, che il giudizio prospettico abbia un "fuoco" più ampio, che gli consente di prendere in considerazione più elementi, oltre a quelli della gravità del fatto, ossia dell'entità del danno e del grado di colpevolezza del reo.

eccedere i limiti di ciò che è necessario *al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti* da tale normativa. In tale contesto, la Corte ha precisato che *la severità delle sanzioni deve essere adeguata alla gravità delle violazioni* che esse reprimono e comportare, in particolare, un effetto realmente deterrente, fermo restando il principio generale della proporzionalità»¹⁸². Risalendo più indietro nel tempo, è possibile constatare che tali statuizioni costituiscono delle vere e proprie formule ripetute negli stessi termini. Si consideri la più risalente pronuncia *Louloudakis* del 2003, relativa a una controversia tra *Paraskevas Louloudakis* e lo Stato ellenico, con riguardo a imposte e sanzioni irrogate in Grecia per la presenza/uso di tre veicoli immatricolati in Italia, ritenuti dalle autorità greche utilizzati in violazione del regime di importazione temporanea con franchigia. Con particolare riguardo al profilo delle sanzioni irrogate a *Louloudakis*, la Corte ribadisce come indicazione per il giudice nazionale che le misure amministrative o repressive non devono esulare dai limiti di quanto è strettamente necessario agli obiettivi perseguiti e una sanzione non deve essere così sproporzionata rispetto alla gravità dell'infrazione da risolversi in un ostacolo alle libertà sancite dal Trattato»¹⁸³. Dunque, che vi sia una interferenza e un'applicazione congiunta e complementare dei due principi è innegabile. Che poi la pregnanza di questa applicazione sia limitata dalla dottrina del *margin of appreciation* che riduce queste indicazioni a linee guida per il giudice nazionale rappresenta certamente uno spunto da tenere in considerazione, ma che non potrà essere affrontato in questa sede.

¹⁸² *Robert Michal Chmielewski v Nemzeti Adó- és Vámhivatal Dél-alföldi Regionális Vám- és Pénzügyőri Főigazgatósága*, 16 luglio 2015, C-255/14.

¹⁸³ *Paraskevas Louloudakis v. Elliniko Dimosio*, 12 luglio 2001, C-262/99, §67. Si vedano anche le sentenze,

8.3. Quale ruolo per la proporzionalità del trattamento sanzionatorio cumulativo nella giurisprudenza europea sul *ne bis in idem*?

Più complessa è, invece, la decodificazione del ruolo svolto dal principio di proporzionalità della pena nel contesto della tematica del divieto di *ne bis in idem* in relazione ai doppi binari sanzionatori, se letta alla luce della dicotomia tra una proporzionalità retrospettiva che guardi esclusivamente alla gravità del fatto commesso nel passato, e una proporzionalità prospettica in cui i due termini di relazione sono rappresentati dai diversi diritti fondamentali rispetto ai quali costituisce un'interferenza la previsione del doppio binario sanzionatorio e gli interessi di tutela che il legislatore persegue attraverso tale predisposizione. L'attenzione è, in particolare, rivolta alla giurisprudenza delle due Corti europee in relazione alla garanzia in parola.

Si rende a questo punto necessario un *disclaimer*, o, se si vuole, una fondamentale delimitazione di campo. Com'è noto, l'assetto della garanzia del *ne bis in idem* e le sue varie declinazioni costituiscono una tematica estremamente vasta e complessa, alla cui definizione ed elaborazione hanno impresso un impulso fondamentale le Carte sovranazionali dei diritti e le Corti deputate alla loro interpretazione e corretta attuazione. Non si ha qui la pretesa di ricostruirla compiutamente, opera che porterebbe molto lontano dal tema oggetto del presente elaborato, ma soltanto di mettere in risalto il ruolo particolare svolto dalla proporzionalità in questo contesto, seppur dopo averne fornito alcune coordinate essenziali per contestualizzare il tema.

Il principio del *ne bis in idem*, tradizionalmente inteso quale presidio fondamentale contro la reiterazione dell'azione punitiva dello Stato per il medesimo fatto, ha conosciuto nel diritto contemporaneo una profonda trasformazione funzionale. Si tratta di un principio particolarmente ambiguo e sfuggente nel contenuto¹⁸⁴, oggetto di uno intenso lavoro definitorio da parte della dottrina italiana. Se nella materia i dubbi

¹⁸⁴ Al punto che non vi è concordia in dottrina neppure sul fatto che esso costituisca un principio. Lo ritiene Fr. Mazzacuva, FR. MAZZACUVA, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in *Discrimen*, 2020, 5.

superano di gran lunga le certezze, esiste tuttavia consenso sul riconoscimento di una duplice declinazione del concetto¹⁸⁵. Secondo il suo significato sostanziale, esso consisterebbe in un divieto di duplicazione della sanzione fondato sul principio di proporzionalità della pena; nell'accezione processuale, invece, esso consisterebbe nel veto alla duplicazione dei procedimenti laddove uno di essi si sia già concluso in via definitiva, a presidio della certezza del diritto¹⁸⁶.

Nato come divieto eminentemente processuale, finalizzato a impedire la duplicazione dei giudizi e delle condanne, esso si colloca oggi al centro di una notevole attenzione, in un contesto ordinamentale segnato dalla moltiplicazione delle forme di risposta sanzionatoria e dalla progressiva erosione dei confini tradizionali della materia penale. In particolare, la diffusione di sistemi sanzionatori a doppio binario, nei quali alla pena in senso stretto si affiancano sanzioni amministrative di natura afflittiva, ha imposto una rimediazione complessiva del significato e della funzione del *ne bis in idem*, sottraendolo a una lettura meramente formalistica e proiettandolo in una dimensione sostanziale di garanzia contro l'eccesso punitivo¹⁸⁷.

A livello sovranazionale, il principio è sancito dall'art. 4, protocollo n. 7 della

¹⁸⁵ FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 293 ss: [...] nonostante le "assonanze lessicali e teoriche, essi rispondono ad istanze di garanzia del tutto eterogenee". V. anche ivi per un'ampia disamina della differente genesi dei due principi, quello processuale nato per primo, e quello sostanziale, legato al tema concorso apparente di norme, e postosi come problema nel nostro ordinamento, a partire dall'introduzione nel 1930, con il codice Rocco, dell'istituto del concorso formale di reati. ID., FR. MAZZACUVA, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, cit., 4: «i fondamenti e i contenuti della garanzia nelle due prospettive sono talmente eterogenei da rendere inopportuna qualsiasi interferenza tra i medesimi». Più ambiguo sul punto, J. DELLA VALENTINA, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection*, in *Sistema Penale*, 24 novembre 2022, 4, laddove si afferma che: «Pur con differenze terminologiche, in dottrina appare condivisa la 'proteiforme' fisionomia assunta dal *ne bis in idem*, nel perenne pendolo tra dimensione sostanziale e processuale, nel corso degli ultimi dieci anni e riconducibile ad un vero e proprio processo di 'metamorfosi'». Questa descrizione sembra, in effetti, restituire l'idea di un medesimo concetto che a seconda delle contingenze storiche si caratterizza più in un senso o più nell'altro.

¹⁸⁶ L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2020, 99.

¹⁸⁷ FR. MAZZACUVA, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in *Discrimen*, 2020, 3-4: «tali discipline hanno mostrato evidenti profili di tensione con il principio del *ne bis in idem* dal momento in cui, grazie alla giurisprudenza della Corte europea, si è affermata una concezione "panpenalistica" delle sanzioni amministrative, tale da rendere evidentemente inadeguata la tesi dell'indifferenza tra i due sistemi e riportare in primo piano il tema della unitarietà della funzione afflittiva».

Convenzione europea dei diritti dell'uomo, mentre nell'ordinamento eurounitario se ne trova il riconoscimento all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In merito alla *rubrica legis* di tali disposizioni, è stato osservato come esse menzionando espressamente il diritto a *non essere giudicati né puniti* due volte per lo stesso fatto, depongano in modo deciso per una netta distinzione tra *ne bis in idem* sostanziale e *ne bis in idem* processuale¹⁸⁸.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha svolto un ruolo decisivo nel ridefinire l'ambito applicativo del principio. La sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*¹⁸⁹ ha rappresentato il punto di massima espansione del *ne bis in idem* «nella sua pura accezione processuale», sancendo l'incompatibilità convenzionale della duplicazione procedimentale in presenza di sanzioni amministrative qualificabili come sostanzialmente penali¹⁹⁰. Attraverso il ricorso ai criteri *Engel* e l'adozione dell'*idem factum* storico-naturalistico, la Corte ha affermato che ciò che rileva non è la qualificazione formale dell'illecito, bensì la sostanza afflittiva della risposta punitiva e l'identità del fatto oggetto di contestazione. In tale impostazione, il divieto di *ne bis in idem* operava come limite rigido e assoluto, idoneo a bloccare il secondo procedimento indipendentemente dall'esito sanzionatorio complessivo alla luce del significato dell'art. 4, il quale «entra in gioco quando viene avviato un nuovo procedimento e la precedente decisione di assoluzione o di condanna è già passata in giudicato»¹⁹¹.

Tuttavia, proprio la radicalità di questo approccio ha messo in luce le tensioni sistemiche derivanti da una concezione esclusivamente processuale del *ne bis in idem*. In ordinamenti caratterizzati da assetti punitivi complessi, il rischio era quello di

¹⁸⁸ I. GIACONA, in *I due ne bis in idem, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti*, in *Sistema penale*, 5 ottobre 2023, 13; depone nello stesso senso anche N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, Padova, 2020, 137 ss.

¹⁸⁹ *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2012, no. 18640/10. La sentenza aveva ad oggetto le disposizioni sanzionatorie contenute negli artt. 185 e 187-ter T.U.F.

¹⁹⁰ S. SEMINARA, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *Diritto Penale e Processo*, 2022, 1383.

¹⁹¹ *Grande Stevens c. Italia*, cit., §220. La Corte costruisce tale argomentazione sulla base del principio di diritto già enunciato nella precedente sentenza *S. Serguei Zolotoukhine c. Russia*, 10 febbraio 2009, no. 14939/03.

determinare un effetto paralizzante su interi settori del comparto sanzionatorio, imponendo una scelta secca e spesso arbitraria tra procedimento penale e procedimento amministrativo¹⁹². È in questo contesto che si colloca la svolta operata dalla Grande Camera della Corte EDU con la sentenza *A. e B. c. Norvegia*, nella quale si realizza la trasformazione più profonda del principio del *ne bis in idem* che si sarebbe svuotato della sua originaria dimensione processuale, in qualche modo cannibalizzata dall'ingerenza in essa di quella sostanziale¹⁹³. Pur ribadendo che le sanzioni amministrative tributarie possono avere natura penale in senso convenzionale, la Corte ha affermato che la garanzia del *ne bis in idem* non è violata qualora i procedimenti paralleli presentino una *sufficiently close connection in substance and time*, tale da farli apparire come momenti di un'unica risposta punitiva articolata¹⁹⁴.

¹⁹² M. SCOLETTA, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in, *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 2021, 185. «Nell'ordinamento giuridico nazionale, l'assolutezza di tale affermazione ha messo in crisi la tenuta degli assetti punitivi 'a doppio binario' analoghi a quello censurato dalla Corte, determinando reazioni eterogenee nella giurisprudenza chiamata a confrontarsi con la vincolatività del principio convenzionale e una generale situazione di incertezza applicativa: una particolare eco - data dalla rilevanza pratica della questione - è stata appunto quella sulla conseguente 'tenuta' del doppio binario in materia tributaria, ma dubbi e perplessità hanno interessato (e in parte ancora interessano) anche i cumuli sanzionatori presenti in altri settori dell'ordinamento (ad esempio, in materia di circolazione stradale, in materia bancaria e anche rispetto a fatti che integrano al contempo illeciti disciplinari e illeciti penali)». V. anche A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem e doppi binari punitivi, Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Torino, 2022, 131: «Si era al cospetto di uno scenario, dunque, contrappositivo: da un lato il legislatore, sovrano entro i limiti costituzionali nella scelta del come, del quando e del perché sanzionare, dall'altro, il giudice di Strasburgo, paladino dei diritti umani».

¹⁹³ La dottrina ha descritto ampiamente questo fenomeno, definendolo come un vero e proprio «cambio di pelle» e di «sviamento» dalla garanzia processuale a quella sostanziale. V. Rispettivamente N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, cit., 172 e A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 537.

¹⁹⁴ *A. e B. c. Norvegia*, 15 novembre 2016, no. 24130/11 and 29758/11, §123: « The object of Article 4 of Protocol No. 7 is to prevent the injustice of a person's being prosecuted or punished twice for the same criminalised conduct. It does not, however, outlaw legal systems which take an "integrated" approach to the social wrongdoing in question, and in particular an approach involving parallel stages of legal response to the wrongdoing by different authorities and for different purposes»; §132: «Material factors for determining whether there is a sufficiently close connection in substance include:

– whether the different proceedings pursue complementary purposes and thus address, not only *in abstracto* but also *in concreto*, different aspects of the social misconduct involved; a) whether the duality of proceedings concerned is a foreseeable consequence, both in law and in practice, of the same impugned conduct ("*in idem*"); b) whether the relevant sets of proceedings are conducted in such a manner as to avoid as far as possible any duplication in the collection and in the assessment of the evidence, notably through adequate interaction between the various competent authorities to ensure that the establishment of the facts in one set of proceedings is replicated in the other; c) and, *above all*, whether the sanction imposed in the proceedings which become final first is taken into account in those

Questa impostazione comporta una rilettura profonda del principio¹⁹⁵. Il *ne bis in idem* non è più inteso come divieto di reiterazione del procedimento per il medesimo fatto, bensì come strumento di controllo della ragionevolezza e della proporzionalità dell'intervento punitivo nel suo complesso. Gli indicatori individuati dalla Corte, ossia diversità e complementarità degli scopi, prevedibilità del doppio binario, coordinamento probatorio e, soprattutto, proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo, operano come criteri sostanziali volti a prevenire che la pluralità degli strumenti sanzionatori si risolva, sul piano sostanziale, in una reiterazione irragionevole e sproporzionata della pena. In questa chiave, la proporzionalità sanzionatoria sembrava assumere una funzione chiave tra i parametri attraverso cui valutare la legittimità del cumulo punitivo, in quanto valorizzata come tale dall'avverbio *surtout* o *above all* nella versione inglese, usato dalla Corte¹⁹⁶.

Un'evoluzione, quanto agli esiti, convergente, se non ancora più marcata¹⁹⁷ si registra

which become final last, so as to prevent the situation where the individual concerned is in the end made to bear an excessive burden, this latter risk being least likely to be present where there is in place an offsetting mechanism designed to ensure that the overall quantum of any penalties imposed is proportionate».

¹⁹⁵ La decisione della Corte fu talvolta percepita in dottrina come un vero e proprio revirement, con cui la Corte avrebbe, peraltro, sporcato «la sua immagine, fino ad allora abbastanza immacolata, di giudice coerente e, nei contenuti, progressista». V. O. DI GIOVINE, "Salti mentali" (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Questione giustizia*, 2018, 60. Più equilibrato l'approccio di chi non prende una posizione netta sul carattere di ribaltamento di un orientamento precedente della decisione in parola, evidenziando come il criterio della *close connection in time and substance* fosse effettivamente già emerso in precedenti arresti della Corte, soprattutto in alcune sentenze relative a episodi di effrazioni del codice della Strada, in cui l'*idem factum* aveva dato luogo ad un procedimento penale per l'irrogazione di pene pecuniarie, a seguito di una già irrogata sanzione amministrativa di ritiro della patente di guida. V. M. SCOLETTA, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, cit., 186.

¹⁹⁶ Sull'elevata valorizzazione di questo criterio rispetto agli altri enucleati dalla giurisprudenza convenzionale, a partire dal successivo *case law* della Corte di giustizia dell'Unione europea, v. N. RECCHIA, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2022, 1680; L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, cit., 121.

¹⁹⁷ Un importante punto di differenziazione è stato, tuttavia, segnalato in dottrina. La Corte di giustizia dell'Unione europea, una volta accertata la duplicazione di procedimenti di natura sostanzialmente penale nei confronti della medesima persona per il medesimo fatto, ritiene integrata la garanzia del *ne bis in idem*. Tuttavia, a differenza della Corte EDU, la Corte di giustizia, qualificando tale garanzia come principio, e non come regola, suscettibile di limitazioni ai sensi dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, recupera i criteri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo non per escludere l'applicazione del *ne bis in idem*, bensì per giustificarne la compressione. Ne deriva che, pur muovendo da costruzioni dogmatiche differenti, entrambe le Corti pervengono a esiti

nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha collocato il *ne bis in idem* all'interno della più ampia architettura dei diritti fondamentali della Carta di Nizza. Con la sentenza *Menci* del 2018, la Corte ha chiarito che il divieto di cui all'art. 50 CDFUE non ha carattere assoluto, potendo essere oggetto di limitazioni ai sensi dell'art. 52, par. 1, purché tali limitazioni rispettino il principio di proporzionalità. In questa prospettiva, il principio di equilibrio enunciato, fu in seguente: «l'articolo 50 della Carta deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona [...], qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale ai sensi del citato articolo 50, purché siffatta normativa; a) sia volta ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni [...], fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari; b) contenga norme che garantiscano una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti, c) preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitato a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti»¹⁹⁸. Anche con riguardo a questa sentenza, si è rilevato in chiave critica lo svuotamento della garanzia del *ne bis in idem* processuale e la sua «metamorfosi» nella diversa garanzia della proporzione sanzionatoria di cui all'art. 49 comma 3 della Carta¹⁹⁹.

Le sentenze *Garlsson Real Estate* e *Di Puma e Zecca*²⁰⁰ hanno ulteriormente precisato che la legittimità del doppio binario dipende dalla possibilità concreta di evitare una sommatoria punitiva eccessiva. Il giudice del secondo procedimento è chiamato a svolgere un ruolo attivo di riequilibrio, tenendo conto delle sanzioni già irrogate e

sostanzialmente convergenti in ordine alla compatibilità dei sistemi a doppio binario con il divieto di duplicazione sanzionatoria. V. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *Eurojus*, 2018, 4.

¹⁹⁸ *Menci c. Italia*, 20 marzo 2018, C-524/15, §63

¹⁹⁹ N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, cit., 6.

²⁰⁰ *Garlsson Real Estate SA et al. C. Consob*, 20 marzo 2018, C-537/16; *Di Puma c. Consob*, C-596/16 e *Consob c. Zecca*, C-597/16, (cause riunite), 20 marzo 2018.

verificando che il trattamento complessivo resti entro i limiti della proporzionalità. In tal modo, la Corte di giustizia attribuisce alla proporzionalità una funzione non solo valutativa, ma anche conformativa dei sistemi sanzionatori nazionali²⁰¹.

Compiuta questa stringata ricognizione dell'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale e costituzionale in materia, si riporta l'attenzione al tema oggetto della presente trattazione. Quale delle due anime del principio di proporzionalità entra in azione nella giurisprudenza citata? E quale sarebbe auspicabile?

Dalle anticipazioni presenti nel testo, si nota che la critica di parte della dottrina si è appuntata proprio sulla riduzione della garanzia alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo, a discapito degli altri criteri individuati dalle Corti europee, seppur parzialmente ridimensionata da successive sentenze della Corte EDU che hanno attenuato la centralità attribuita alla proporzionalità sanzionatoria retrospettiva²⁰², ma largamente recepita in questa accezione dalla giurisprudenza di

²⁰¹ Peraltro, rispetto a tali tre arresti giurisprudenziali, è stata rilevata una svolta ancora più decisa verso una cannibalizzazione della garanzia processuale a favore di quella sostanziale, emergente dall'«assenza di un riferimento esplicito alla necessità di una stretta connessione temporale, oltre che materiale, tra i procedimenti, per quanto si sia osservato che tale criterio sia stato «esplicitamente riconosciuto nella successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, così che pare quasi perfetto — quantomeno nei criteri astratti di giudizio — l'allineamento tra le due Corti sovranazionali». N. RECCHIA, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, cit., 1781.

²⁰² V. M. SCOLETTA, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario*, cit., 187, che sottolinea come «la Corte in alcune occasioni ha anche decisamente valorizzato pro li indiziari della disconnessione sostanziale, censurando, sia in materia di abusi di mercato sia in materia tributaria, la identità degli interessi perseguiti attraverso i procedimenti punitivi (dunque l'assenza del requisito di complementarità) e l'insufficiente coordinamento processuale sul piano dell'accertamento probatorio (che aveva portato ad una duplicazione dei medesimi atti di indagine). La violazione del ne bis in idem, in questi casi, è stata riconosciuta ancorché fossero presenti meccanismi di compensazione del carico punitivo». Per un'analisi di una delle pronunce rientranti in questo novero, A. GALLUCCIO, *Non solo proporzionale della pena: la corte EDU ancora sul bis in idem*. Nota a C. Edu, sez. II, sent. 16 aprile 2019, Bjarni Armannsson c. Islanda, in, *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 1 ss. Si segnala che, alla luce dell'apparente discordanza tra la sentenza A. e B. contro Norvegia rispetto alla giurisprudenza successiva, in cui, appunto, la Corte in un consistente numero di sentenze ha riconosciuto una violazione della garanzia nonostante la sussistenza di meccanismi di compensazione sanzionatoria, è stata proposta in dottrina un'interessante «lettura profondamente diversa» della sentenza stessa, da intendersi «non come una inversione di rotta sul contenuto della garanzia», bensì «un cambio di approccio metodologico da parte della Corte EDU, il cui scopo era passare da uno stile di giudizio per regole chiare e determinate ad uno contraddistinto da principi o standard più generici e malleabili, in grado di fornire alla Corte in ogni caso un ampio margine di manovra circa la sussistenza o meno di una violazione della Convenzione in capo alle Parti contraenti», a seguito delle sempre maggiori resistenze da parte delle Corti nazionali rispetto alle prese di posizioni più incisive e drastiche della Corte stessa. V. N. RECCHIA, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello*, cit., 1783 ss.

legittimità nel nostro ordinamento²⁰³. Ciò è stato, condivisibilmente, ritenuto criticabile, come detto, perché comporta lo svuotamento del *ne bis in idem* processuale che risponde ad esigenze di tutela diverse rispetto al diritto a non subire pene sproporzionate, esigenze che nel quadro disegnato da questa giurisprudenza non trovano tutela²⁰⁴.

Alla ricerca di una soluzione che, pur condividendo la convincente critica sopra descritta, tenta di raggiungere un punto di equilibrio rispetto alla impossibilità o, comunque, forte difficoltà di riformare tutti gli apparati sanzionatori degli ordinamenti europei per emendarli da doppi binari sanzionatori, è stato osservato che, sebbene sia, appunto, improbabile una piena riattivazione della garanzia procedimentale simile alla posizione della Corte EDU in *Grande Stevens*, un miglior compromesso, più attento alla protezione di entrambe le istanze, quella di non subire pene sproporzionate, e quella di non vedersi inflitti due procedimenti, con il relativo e conseguente doppio carico di sofferenza, consisterebbe nell'applicazione vera e propria del test di proporzionalità generale o materiale.

In questo modo, «agli Stati [sarebbe] almeno [...] attribuito l'onere di illustrare le specifiche ragioni per cui il medesimo compendio sanzionatorio (che si assume proporzionato rispetto alla violazione commessa) non possa essere applicato concentrando le contestazioni in un unico procedimento ovvero prevedendo forme di coordinamento istruttorio ben più avanzate rispetto a quelle attualmente previste negli ambiti tributario e finanziario»²⁰⁵. Come? «Richiedendo una specifica giustificazione, in termini di necessità e proporzionalità in senso stretto rispetto agli scopi perseguiti,

²⁰³ Cass. pen., Sez. V, Sentenza, 16 luglio 2018, n. 45829; Cass. pen., Sez. II, 15 dicembre 2016, n. 9184.

²⁰⁴ S. SEMINARA, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, cit., 9 «[...] ora il profilo sostanziale si incentra sull'esito dell'applicazione delle plurime norme punitive, al fine di valutare la congruità della pena complessiva. È però evidente che un siffatto slittamento priva il principio del *ne bis in idem* di ogni autonomia, immergendolo nella generale esigenza di una pena giusta in quanto proporzionata». La causa della centralità che la proporzionalità del trattamento sanzionatorio ha finito per acquisire è stata spiegata in dottrina, adducendo la forte difficoltà per i giudici nazionali di gestire gli altri criteri, in quanto connotati da una marcata vaghezza e indeterminatezza. Sulla critica dell'«approccio olistico talmente flou da rendere del tutto incerti gli esiti della valutazione di compatibilità dei sistemi sanzionatori a doppio binario previsti negli Stati membri», v. FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste, Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, cit., 336.

²⁰⁵ FR. MAZZACUVA, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia*, cit., 21.

della previsione “istituzionale” di procedimenti punitivi autonomi e paralleli seppur concernenti il medesimo fatto, la quale non può essere rappresentata *sic et simpliciter* dall’esistenza di forme di neutralizzazione o temperamento del cumulo delle sanzioni»²⁰⁶.

Sempre sul tema della distinzione tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale e sullo sforzo di trovare una soluzione di equilibrio che consenta di valorizzare e presidiare entrambe le garanzie nella propria specifica logica, occorre dare conto di un recente positivo sviluppo sul tema rappresentato dalla sentenza n. 149 del 2022 della Corte costituzionale italiana²⁰⁷.

In particolare, il giudice delle leggi ha ribadito che il divieto di *bis in idem* opera primariamente come garanzia processuale, volta a tutelare l’individuo dall’essere nuovamente sottoposto a un procedimento penale per il medesimo fatto, a prescindere dall’esito e dalla misura della sanzione inflitta nel primo giudizio, la cui *ratio* risiede nell’esigenza di evitare l’ulteriore sofferenza e i costi economici connessi alla reiterazione del giudizio²⁰⁸.

Al tempo stesso, il giudice delle leggi ha precisato che tale garanzia non si oppone alla possibilità che, nell’ambito di un medesimo procedimento, siano irrogate più sanzioni distinte per lo stesso fatto, chiarendo che il controllo sulla congruità del trattamento sanzionatorio complessivo attiene a una diversa garanzia, rappresentata dal principio di proporzionalità della pena fondato su basi giuridiche autonome²⁰⁹.

Muovendo da questa distinzione, deve ritenersi che la Corte non assimili il problema della duplicazione procedimentale a quello della proporzionalità del carico sanzionatorio, né ammetta che il primo possa essere assorbito o neutralizzato dal secondo. Ne consegue che un controllo *ex post* sulla misura complessiva delle

²⁰⁶ *Ibidem*, cit., 22.

²⁰⁷ C. Cost., 10 maggio 2022, dep. 16 giugno 2022, n. 149: Per un commento alla pronuncia v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e pluralità di sistemi sanzionatori per lo stesso fatto*, in *Rivista delle Società*, 2023, 189 ss; S. SEMINARA, *Il divieto di bis in idem*, cit. 1381 ss, G. ANGIOLINI, *Ne bis in idem: una declaratoria di incostituzionalità dell’art. 649 c.p.p. che invoca un intervento legislativo*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2022, 1329 ss;

²⁰⁸ § 5.1.1.

²⁰⁹ *Ibidem*.

sanzioni, pur rilevante ai fini della proporzionalità, non è idoneo, di per sé, a rimuovere il *vulnus* derivante dalla celebrazione di un secondo procedimento che costituisce l'oggetto specifico della tutela approntata dal *ne bis in idem* processuale. La separazione concettuale operata dalla Corte tra le due garanzie impedisce, pertanto, di risolvere il problema del doppio giudizio mediante soli meccanismi di commisurazione o compensazione della pena²¹⁰, collocando la protezione contro la reiterazione procedimentale su un piano logicamente e giuridicamente distinto rispetto alla valutazione dell'eccesso punitivo.

C'è anche un'ulteriore questione emergente dall'intricata relazione tra *ne bis in idem* e proporzionalità del trattamento sanzionatorio, che non sarà qui possibile affrontare approfonditamente, ma che conviene accennare.

Essa riguarda l'indicazione circa il piano su cui la valutazione debba essere svolta, derivabile dall'elaborazione della giurisprudenza europea, strettamente legata alla questione del rapporto tra *ne bis in idem* europeo e concorso apparente di norme. In dottrina vi è chi sostiene che, nel quadro del *ne bis in idem* sostanziale di matrice europea, il principio di proporzionalità non possa essere confinato a una mera verifica in concreto della pena effettivamente inflitta, ma debba operare già sul piano astratto, incidendo sulla legittimità stessa della coesistenza di più fattispecie o apparati sanzionatori riferiti al medesimo fatto storico. Quando la sovrapposizione tra moduli repressivi risulta eccessiva sotto il profilo strutturale o assiologico, la sproporzione si manifesta *ab initio*, rendendo insufficiente qualsiasi successivo correttivo applicativo e imponendo, piuttosto, una selezione tra fattispecie secondo logiche di assorbimento²¹¹.

In questa prospettiva, il controllo di proporzionalità in astratto diviene lo strumento

²¹⁰ Con la dovuta precisazione che in questo caso la Corte ha ravvisato l'assenza di alcun meccanismo che potesse consentire al giudice penale (ovvero all'autorità amministrativa in caso di formazione anticipata del giudicato penale) di tenere conto della sanzione già irrogata ai fini della commisurazione della pena, in modo da evitare che una medesima condotta sia punita in modo sproporzionato». V. § 5.2.3. Tuttavia, questo elemento è stato solo uno tra i parametri del "catalogo" definito dalle corti europee ad essere applicato e vagliato nella valutazione della compatibilità di questo doppio binario sanzionatorio alla garanzia del *ne bis in idem*.

²¹¹ N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, cit. 201 ss.

attraverso cui prevenire ingiustificate duplicazioni sanzionatorie, riallacciandosi al tema del concorso apparente di norme e alla funzione sistemica del *ne bis in idem* sostanziale quale limite alla simultanea operatività di paradigmi punitivi sostanzialmente omogenei. Il giudizio sulla congruità della risposta punitiva non può, pertanto, prescindere da una valutazione preventiva dell'adeguatezza delle cornici edittali e della loro capacità di esprimere, singolarmente, l'intero disvalore del fatto.

Una diversa ricostruzione muove da una lettura più cauta del principio di proporzionalità della sanzione e del suo rapporto con il *ne bis in idem* europeo, respingendo l'idea che essi possano tradursi in un divieto generale di duplicazione sanzionatoria già sul piano astratto delle fattispecie. Secondo tale impostazione, la proporzione del trattamento punitivo costituisce certamente un parametro centrale nel diritto penale contemporaneo e rappresenta uno dei criteri maggiormente valorizzati dalle Corti sovranazionali; nondimeno, essa non si identifica con una regola strutturale idonea a selezionare ex ante le norme applicabili al medesimo fatto²¹².

In questa prospettiva, la proporzionalità non opera come limite alla previsione o alla concorrente applicazione di più sanzioni riferite allo stesso accadimento storico, ma come criterio volto a evitare che l'esito complessivo del sistema repressivo risulti eccessivo. La pluralità di sanzioni, anche eterogenee quanto alla loro qualificazione formale, non è di per sé indicativa di una violazione del principio, né può fondare presunzioni automatiche di sproporzione. Al contrario, la valutazione circa l'adeguatezza della risposta punitiva resta un giudizio complesso e inevitabilmente discrezionale, insuscettibile di essere ridotto a meccanismi di scomputo integrale o a rapporti di assorbimento predeterminati.

Su tale base, viene messa in discussione la possibilità di trasporre il criterio dell'*idem factum*, elaborato in sede convenzionale per delimitare l'ambito di operatività del *ne bis in idem* processuale, nel terreno del concorso di norme. Le Corti europee, pur valorizzando la proporzione del carico sanzionatorio complessivo, non hanno mai richiesto che la convergenza di illeciti sul medesimo fatto conduca necessariamente a

²¹² L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, cit. 121 ss.

un concorso apparente, né hanno censurato la mera pluri-qualificazione del fatto, purché al giudice sia consentito evitare esiti punitivi eccessivi nella fase di commisurazione.

In questa chiave, il riferimento alla duplice matrice, retributiva e utilitaristica, della proporzionalità della pena assume un significato decisivo. Proprio perché la proporzione tra reato e pena esprime, al contempo, un'esigenza di giustizia retributiva e un criterio di razionalità strumentale rispetto a finalità legittime, essa non può essere tradotta in automatismi normativi o in divieti astratti di cumulo. La proporzionalità, lungi dal fornire equivalenze aritmetiche tra colpevolezza e sanzione, postula una valutazione caso per caso, affidata al giudice e modulabile attraverso gli strumenti offerti dall'ordinamento.

Ne deriva una concezione del *ne bis in idem* sostanziale fortemente circoscritta, che non impedisce la previsione né l'applicazione concorrente di sanzioni diverse per lo stesso fatto, ma si limita a vietare, in termini eccezionali, la reiterazione dell'esecuzione di una medesima pena già integralmente espiata. Al di fuori di tale ipotesi, il controllo sulla proporzionalità del carico sanzionatorio deve essere esercitato mediante tecniche interpretative e applicative idonee a garantire un risultato complessivamente equo, senza trasformare il principio in una regola rigida di esclusione della pluralità sanzionatoria

Ritornando sul tema oggetto del presente paragrafo, da quanto osservato sembra di potersi concludere che il test da applicare alle limitazioni del *ne bis in idem* elaborato dalla giurisprudenza convenzionale e accolto anche da quella eurounitaria e nazionale circa la proporzionalità del trattamento sanzionatorio finale non possa rilevare soltanto nel contesto dell'esigenza di rispettare la proporzionalità tra la gravità del fatto e la severità del cumulo sanzionatorio. Così facendo si rischia di perdere di vista il quadro generale, il contesto più ampio, come accaduto nella giurisprudenza italiana di legittimità, sacrificando il contenuto processuale della garanzia. La proporzionalità del trattamento sanzionatorio cumulativo non può che essere inserita nel contesto di un giudizio di proporzionalità di una misura, in questo caso la previsione di un doppio

binario sanzionatorio, alla luce della garanzia di un diritto fondamentale a non essere giudicati due volte per lo stesso fatto.

9. Osservazioni conclusive

In conclusione, su questo punto, ciò che si è cercato di fare non consiste affatto nel superamento della distinzione tra le due anime della proporzionalità, ignorando elementi di differenziazione effettivamente esistenti e rilevanti²¹³. Si è tentato di mettere in luce che da un lato, la tipologia di pena prevista, ad esempio la previsione di una sanzione detentiva in luogo di sanzioni meno afflittive, determina la misura della compressione del diritto fondamentale sacrificato dalla norma penale e condiziona, già sul piano astratto, la compatibilità dell'incriminazione con i parametri convenzionali. Dall'altro, nei sistemi a pluralità di procedimenti e sanzioni, la gravità complessiva della risposta punitiva diviene criterio per valutare la compatibilità dell'intero assetto sanzionatorio con garanzie fondamentali come il *ne bis in idem*²¹⁴.

²¹³ Il cui quadro è disegnato con grande efficacia da N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit. 231-237.

²¹⁴ Una simile valorizzazione del principio di proporzionalità in materia di *ne bis in idem* non è tuttavia esente da rilievi critici. È stato infatti osservato, tracciando un parallelismo con il settore contiguo del concorso apparente di norme, come la proporzionalità incontri in questo ambito difficoltà strutturali di applicazione, in quanto priva di un chiaro *tertium comparationis* e destinata a operare come criterio eminentemente valutativo. In tal modo, essa riproporrebbe le medesime aporie già emerse con riferimento ai criteri dell'assorbimento, della consunzione e della sussidiarietà, ossia criteri che affidano al giudice valutazioni di valore scarsamente predeterminate.

Secondo questa impostazione critica, l'uso della proporzionalità nei casi di qualificazioni giuridiche multiple, svincolato da un termine di paragone esterno idoneo a relativizzare il giudizio, finirebbe per tradursi in una valutazione "assoluta" della pena rispetto al disvalore complessivo del fatto. Una simile operazione comporterebbe l'esercizio, da parte del giudice, di una discrezionalità che, in forza del principio di legalità, dovrebbe spettare esclusivamente al legislatore. V. M. PAPA, *Genesi e governo delle qualificazioni giuridiche multiple: questioni di fondo e prospettive attuali del concorso apparente di norme*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, (dir.), *Diritto penale*, I, 2022, 773 ss; ID, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2019, 130 ss.

Tale critica può essere condivisibile con riferimento al ruolo che la proporzionalità verrebbe a svolgere nel concorso apparente di norme. In questo contesto, infatti, il giudice si trova di fronte a un fatto, inteso in senso naturalistico, riconducibile a più fattispecie astratte, ed è chiamato a stabilire se i reati concorrano realmente, con conseguente cumulo di sanzioni, oppure se una sola fattispecie debba trovare applicazione, configurandosi un concorso meramente apparente. L'impiego della proporzionalità come criterio risolutivo, al pari dell'assorbimento o della sussidiarietà, si tradurrebbe allora in un giudizio secondo cui il cumulo sanzionatorio risulterebbe eccessivo e sproporzionato rispetto a un disvalore già

In questi contesti, dunque, si realizzano forti interferenze tra queste due corni del principio, che si prestano particolarmente al reciproco dialogo e al funzionamento sinergico, testimoniati anche dall'applicazione congiunta, se non addirittura caratterizzata da una commistione degli stessi, da parte delle Corti costituzionali e dei diritti.

Inoltre, sono stati proposti dubbi circa l'incontrovertibilità della sostenuta²¹⁵ superiorità prestazionale, sempre e comunque, del test retrospettivo. L'opportunità dell'applicazione dell'uno o dell'altro test potrebbe dipendere dal contesto applicativo.

In casi che richiedono la valutazione di una maggiore complessità di elementi, ad esempio qualora ci si trovi in presenza di fenomeni di *overdeterrence* o di effetti collaterali delle scelte di incriminazione, il test più adatto per le sue larghe maglie che consentono una accurata «mappatura di tutti i diritti fondamentali»²¹⁶ in cui potenzialmente interferisce la norma incriminatrice, intesa sia come «norma di condotta che come norma sanzionatoria» sarà il test di proporzionalità prospettica, a

interamente “coperto” dall'applicazione di una sola fattispecie. È proprio questa valutazione complessiva e non mediata del disvalore che viene ritenuta incompatibile con il principio di legalità. Ciò nondimeno, non convince appieno l'automatica estensione di tale critica all'impiego del principio di proporzionalità nella giurisprudenza convenzionale ed eurounitaria in materia di *ne bis in idem*. In questo secondo contesto, infatti, il giudice non è chiamato a stabilire se il cumulo di due sanzioni sia proporzionato alla gravità del fatto in quanto tale, né a valutare se una sola sanzione sia sufficiente a esaurirne il disvalore. Al contrario, egli si confronta con una scelta legislativa che prevede un doppio binario sanzionatorio, ossia con un assetto normativo che incide su un diritto fondamentale, quale la garanzia del *ne bis in idem*.

La valutazione richiesta al giudice convenzionale si colloca dunque su un piano diverso: essa riguarda la legittimità di tale assetto alla luce del principio di proporzionalità, inteso secondo le cadenze tipiche del giudizio mezzo-scopo, in una prospettiva dichiaratamente *forward-looking*. In questo contesto, la proporzionalità non opera come criterio di selezione tra norme concorrenti né come misurazione assoluta del disvalore del fatto, ma come parametro di controllo della compatibilità dell'interferenza legislativa con una garanzia fondamentale.

In questa prospettiva, l'assenza di un *tertium comparationis* strutturato non conduce necessariamente a una violazione del principio di legalità. Peraltro, come già visto in precedenza, la stessa giurisprudenza costituzionale, nella sua recente evoluzione, ha ammesso valutazioni di manifesta sproporzione della cornice edittale anche in assenza di diretti raffronti normativi puntuali, secondo una logica che è stata efficacemente definita come una “proporzione senza geometrie”, V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2016, 2105 ss. Ciò conferma come, a seconda del contesto e della funzione assolta dal giudizio di proporzionalità, mutino non solo le modalità applicative del principio, ma anche i presupposti dogmatici della sua legittima utilizzazione.

²¹⁵ Peraltro, forse, come rilevato precedentemente, alla fine ridimensionata dallo stesso autore.

²¹⁶ Per questa espressione, v. sempre N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità, passim*, in particolare 102, 126, 231.

cui faccia seguito un controllo di proporzionalità in ottica *backward-looking* quale, appunto, garanzia addizionale per l'individuo contro eccessi sanzionatori che lo strumentalizzino al raggiungimento di obiettivi di tutela²¹⁷.

La stessa considerazione vale anche nei casi in cui la proporzionalità della sanzione si inserisca nel contesto più ampio della globale valutazione di proporzionalità di un doppio binario sanzionatorio rispetto al principio del *ne bis in idem*, in cui, come sostenuto da autorevole dottrina, è necessario che oltre al trattamento sanzionatorio, si vagli anche l'inidoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto della duplicazione procedimentale. Invece, in casi in cui, il *thema decidendum* sia strettamente legato alla tematica della proporzionalità di una sanzione, mentre non vi sia alcun dubbio circa la proporzionalità della retrostante scelta di incriminazione, il giudice potrà ricorrere al più agevole test retrospettivo²¹⁸.

Sia consentita un'ultima osservazione di carattere generale rilevata nello studio della proporzionalità, nelle sue diverse declinazioni.

Essa, invero, più che un principio contenutistico, pare atteggiarsi come un principio metodologico, ovvero uno «strumento euristico di razionalizzazione»²¹⁹, che

²¹⁷ Ciò nella consapevolezza che «quanto più si allarga l'orizzonte a fatti ulteriori, rispetto alla proporzionale col disvalore del fatto, incidenti sulla determinazione della pena, tanto più cresce l'eterogeneità delle grandezze a confronto e, dunque, la componente "discrezionale" del legislatore». V. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo sul contenuto delle leggi penali*, in G. Giostra, G. Insolera, a cura di, *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, 71, nota 49.

²¹⁸ V.. N. RECCHIA, *Diritto penale e chilling effect*, in M. GALLI, N. RECCHIA, a cura di, *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione. Atti del Convegno conclusivo del Progetto "Collateral Effects and Sustainability of Criminal Law"*, 26 maggio 2023, Università degli Studi della Tuscia, Viterbo, Napoli, 2023, 89: «Come si è già visto, un esito sfavorevole quanto alla legittimità costituzionale della norma può aprire poi, a seconda dei casi, sia a una soluzione che riguardi lo stesso precetto sia a una soluzione incentrata sulla modifica del trattamento sanzionatorio, dichiarando la sproporzione della sanzione comminata. Occorre tuttavia fare molta attenzione a distinguere tali ultime decisioni, da quelle, variamente declinabili, relative alla proporzione sanzionatoria della pena di per sé considerata. Mentre nelle seconde si guarda alla gravità della lesione subita dal condannato in ragione dell'espiazione della pena, in linea con lo schema più usuale nella riflessione penalistica, nelle prime si pongono a bilanciamento, da un lato, il fine di tutela legislativo e, dall'altro, la limitazione del diritto fondamentale nel cui ambito di applicazione rientra l'attività sulla quale si esplica una *overdeterrence*».

²¹⁹ Espressione di G. LÜBBE-WOLFE, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court*, in 34 *HRLJ* 12, 2014, 16 – 17. L'Autrice, commentando l'approccio del Tribunale Federale Tedesco alla protezione dei diritti fondamentali, spiega quale sia la ratio che fonda lo sforzo dei giudici costituzionali tedeschi nel separare e definire accuratamente ciascuno degli stadi

determina una proceduralizzazione del giudizio di controllo e limitazione della potestà punitiva statale, il quale non stabilisce, di per se stesso, per le sue proprie caratteristiche una determinata intensità dello scrutinio, derivando quest'ultima dalla modalità della sua applicazione²²⁰. Allo stesso modo e conseguentemente, gli ambiti in cui si può applicare tale giudizio sono estremamente variegati, e le loro caratteristiche proprie inevitabilmente informano anche le modalità di svolgimento del giudizio, al punto che sembra quasi che esistano tante "proporzionalità" quanti sono i possibili contesti applicativi.

Ciò per il semplice fatto che, a seconda del mutato contesto, cambiano le oggettività da collocare sui due piatti dell'ideale bilancia che costituiscono lo strumento di dipanamento del giudizio di proporzionalità. Nell'ambito delle scelte di incriminazione, su un piatto si collocherà il diritto fondamentale leso dalla misura, ad esempio una norma incriminatrice, sull'altro i diritti, le libertà o gli interessi rispetto ai quali la norma è posta a presidio.

Nel contesto del *ne bis in idem*, come già osservato in dottrina, ad essere "agganciato" ad un estremo del giogo, sarà un intero apparato sanzionatorio, come quello determinato dal cumulo tra una sanzione penale e una formalmente amministrativa (si

in cui il test di proporzionalità si divide: «We see the test as a tool directing attention to different aspects of what is implied in any rational assessment of the reasonableness of a restriction. In the first place, this tool is designed to rationalise state interventions and judicial review of such interventions, to help control intuitive assessments make value judgments explicit. Whether it is also used as a tool to intensify judicial control of state acts is not determined by the structure of the test but by the degree of judicial restraint practiced in applying it». Tale commento è interessante in quanto mette bene in luce una delle ragioni del grande successo di questo approccio. A fronte di tutte le critiche circa il suo essere un mezzo per una ingerenza dei giudici costituzionali nell'ambito di competenza della potestà legislativa, nonché espressione di un c.d. *judicial activism*, volto a mascherare giudizi di valore e di opportunità, esso può essere, al contrario, letto come il miglior modo possibile per le Corti costituzionali di svolgere il proprio ruolo di arbitri dei conflitti tra i numerosi diritti che affollano le costituzioni delle democrazie negli stati sociali del secondo dopo guerra, massimizzando la trasparenza e la razionalità di un giudizio che ha per sua natura ad oggetto profili valoriali e incommensurabili.

²²⁰ Ciò è osservato anche al di fuori della dottrina e giurisprudenza tedesca che ha recepito il principio di proporzionalità di quella matrice, attraverso l'opera di diffusione delle Corti europee. V. le statuizioni del giudice della Corte Suprema del Regno Unito, Lord Mance, nel caso *Kennedy v The Charity Commission* [2014] UKSC 20, [2015] AC 455, §54: «both reasonableness review and proportionality involve considerations of weight and balance, with the intensity of the scrutiny and the weight to be given to any primary decision maker's view depending on the context». Per un'analisi di questi aspetti della pronuncia citata, V. E. BJORGE, J. ZGLINSKI, *The principle of proportionality in EU law and its domestic application*: ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre, cit., 194

veda la giurisprudenza della Corte EDU, della Corte GUE e anche la recente sentenza della Corte costituzionale italiana in materia di diritto d'autore); all'altro estremo si troverà invece la garanzia del *ne bis in idem* come sancita dalla Carta di Nizza, dal protocollo alla Convenzione EDU o all'art. 649 c.p.p. Ciò comporterà una rimodulazione della struttura stessa del giudizio, per meglio rispondere alle esigenze proprie dello specifico ambito; si evidenzia che il test di necessità svolge in questa sede un ruolo centrale, finendo quasi per assorbire la valutazione di proporzionalità in senso stretto²²¹.

Altro esempio è rappresentato dalle cadenze che assume il principio di proporzionalità nello specifico campo della confisca; si consideri la recente sentenza delle Sezioni Unite in materia di confisca dei proventi²²². Il quesito posto alle Sezioni Unite consisteva nello stabilire se, nell'ipotesi di concorso di più soggetti nella commissione di un reato, la confisca per equivalente del profitto potesse essere disposta integralmente nei confronti di ciascun concorrente, a prescindere dall'effettiva quota di vantaggio economico da ciascuno conseguita, ovvero se tale possibilità dovesse ritenersi limitata ai soli casi in cui non fosse accertabile con certezza la parte di profitto attribuibile a ciascun correo. Le Sezioni Unite erano altresì chiamate a chiarire se, in questa seconda eventualità, la misura ablativa dovesse comunque essere ripartita tra i concorrenti, secondo criteri legati al grado di responsabilità individuale oppure in quote uguali, sulla base dei principi civilistici in materia di obbligazioni solidali²²³.

La sentenza, che si distingue per la profondità ed ampiezza argomentativa, prima di giungere alla risoluzione del presente conflitto interpretativo, si è soffermata su altre rilevanti questioni ad esso connesse, quali in primo luogo, la definizione delle nozioni di prezzo e di profitto suscettibili di confisca; in secondo luogo, la qualificazione giuridica della confisca diretta avente ad oggetto il prezzo e il profitto del reato;

²²¹ V. A. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Torino, 2022, 165.

²²² Cass. pen., Sez. Unite, sent. 26 settembre 2024, dep. 8 aprile 2025, n. 13783.

²²³ *Ivi*, §1 (Motivi)

nonché, ulteriormente, la ricostruzione della natura della confisca per equivalente e, da ultimo, del regime giuridico del denaro quale oggetto della misura ablativa²²⁴.

Ciò che però interessa nel merito della presente trattazione è il seguente profilo. La Corte nella motivazione giunge alla conclusione che «l’ablazione indistinta, fissa e totalizzante nei riguardi del correo che non abbia conseguito nessun arricchimento, nessuna porzione di profitto, ovvero abbia conseguito una quota parte di profitto inferiore rispetto all’oggetto dell’ablazione, non risulta proporzionata sotto il profilo della adeguatezza del mezzo scelto per raggiungere gli obiettivi prefissati: si realizza, cioè, una frattura dell’intervento ablatorio, fisso e automatico, rispetto al rapporto tra gli obiettivi da raggiungere, il ripristino, e i diritti “da sacrificare”, che vengono senza ragione compressi in modo immediato ed eccessivo»²²⁵.

In sede di commento alla sentenza, e, in particolare, a questo specifico snodo argomentativo, chiara dottrina ha rilevato che sebbene la conclusione della Corte sia senza dubbio apprezzabile, il riferimento operato dal giudice di legittimità al principio di proporzionalità prospettica tra i mezzi adottati e gli scopi perseguiti per giungere a tale esito paia improprio. Sempre secondo la citata, condivisibile lettura, «accanto alla versione “retrospettiva” che mette a confronto sanzione e reato ed a quella “prospettica” tra mezzi e scopi, infatti, emerge in questo ambito una “terza” idea di proporzionalità che è preconditione dell’inquadramento ripristinatorio della confisca e che, per evitare equivoci lessicali, si potrebbe definire semplicemente come corrispondenza tra vantaggio illecito e oggetto della misura ablativa»²²⁶.

²²⁴ Per un commento alle soluzioni adottate dal giudice di legittimità in relazione a questi profili, e sulla pronuncia nel complesso, v. S. FINOCCHIARO, *L’attesa sentenza delle Sezioni Unite sul sequestro e la confisca nel concorso di persone nel reato: un’importante svolta in tema di natura (ripristinatoria) della confisca “per equivalente” e di (ri)qualificazione della confisca del denaro*, in *Sistema penale*, 2025, §§2, 4, 5, 6, 7; A. ACETO, *Natura della confisca del denaro e quantum di profitto confiscabile nei confronti del correo*, in *Il Quotidiano giuridico*, 2025, 1-13; M. PIERDONATI, *La confisca del profitto al vaglio delle Sezioni Unite: verso nuovi equilibri applicativi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2025, 2132 ss.

²²⁵ Cass. pen., Sez. Unite, sent. 26 settembre 2024, dep. 8 aprile 2025, n. 13783, §31.2 (Diritto)

²²⁶ F. MAZZACUVA, *La confisca dei proventi in cerca di uno statuto: la svolta delle Sezioni Unite. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, sent. 26 settembre 2024, dep. 8 aprile 2025, n. 13783, Pres. Cassano, rel. Silvestri, ric. Massini e a.*, in *Cass. pen.*, 2025, 3510. Offre una lettura differente di questo passaggio chi apprezza sia l’esito raggiunto dalle Sezioni Unite, ossia il rigetto del principio di solidarietà passiva, sia l’impiego della proporzionalità prospettica (mezzi-scopi) per raggiungerlo, senza ravvisare l’emersione di una ulteriore declinazione del principio, ritagliata appositamente per la confisca. In

Peraltro, tale sforzo di precisione nell'inquadramento della corretta declinazione della proporzionalità nello specifico contesto, non è fine a se stesso, ossia non risponde a esigenze classificatorie meramente descrittive; la dottrina testé citata osserva ancora come sia «proprio la necessaria corrispondenza tra importo della confisca e vantaggio illecito conseguito – se correttamente declinata in quella prospettiva che è stata definita “autorecentrica” – a rendere inammissibile la solidarietà tra concorrenti, senza che sia davvero necessario “scomodare” il principio costituzionale di proporzione tra mezzi e scopi che, nella sua dimensione *flou*, potrebbe finanche portare a giustificare il ricorso alla solidarietà come strumento per raggiungere l'obiettivo di recupero dei proventi illeciti da parte dello Stato, come infatti era stato sostenuto in alcune pronunce della stessa Corte di cassazione».²²⁷ Dunque anche in questo caso l'applicazione del principio di proporzionalità come metodologia richiede un adattamento alle esigenze di contesto; a partire dalla proporzionalità come approccio fondamentale, si diparte dal modello generale della proporzionalità prospettica, per suggerire un criterio interno alla logica della confisca e meno “valoriale”, ossia, meno suscettibile del relativismo che affligge il principio di proporzionalità, in quanto ben più circostanziato e specifico (proporzionalità come corrispondenza tra vantaggio illecito e oggetto della confisca) di una generica regola che richieda la proporzionalità tra mezzi impiegati e scopi perseguiti.

In conclusione, si potrebbe avanzare l'ipotesi che la dicotomia esaminata, compiutamente descritta e delineata dalla dottrina italiana, per quanto innegabile e

questa impostazione, sembra affermarsi che la solidarietà passiva non avrebbe mai potuto superare il vaglio di proporzionalità *forward looking*, perché, rompendo il nesso tra fine ripristinatorio e mezzo ablativo patrimoniale, essa non avrebbe potuto che fallire la prova della valutazione della proporzionalità *stricto sensu*, ossia l'ultimo passaggio del test trifasico. In particolare, in questa differente prospettiva, si ritiene che, anche qualora la sentenza avesse riconosciuto natura punitiva alla confisca di valore, la solidarietà passiva sarebbe stata comunque da rigettare alla luce del vaglio di proporzionalità retrospettiva della pena rispetto alla gravità del reato, determinandosi diversamente «una condizione di sproporzione *in re ipsa* della confisca», poiché «la proporzionalità della pena - che in questa diversa prospettiva diviene misura della colpevolezza della persona deve essere rapportata al contributo concorsuale del singolo, colto nelle sue componenti oggettive e soggettive. Se il giudizio di relazione fosse invece parametrato alla globalità del profitto derivante dal reato plurisoggettivo, senza alcun apprezzamento specifico delle condotte dei concorrenti, sarebbero inevitabilmente violati i principi di colpevolezza e uguaglianza». Cfr. D. ATTANASIO, *La confisca “modello” delle Sezioni Unite: il ritorno nel perimetro della legalità*, in *Diritto Penale e Processo*, 2025, 1175 s.

²²⁷ *Ibidem*, 3510-3511.

corretta, possa non essere da sola sufficiente a cogliere appieno la complessità del concetto di proporzionalità e la sua capacità di confluire in diversi ambiti, sulle cui peculiarità e necessità tende a modellarsi, come fosse in fluido che si conforma al recipiente, riempiendone gli interstizi e seguendone la morfologia²²⁸.

²²⁸ Si pensi, a titolo di esempio, alla categoria della proporzionalità *backward-looking*. Se intesa come proporzionalità retrospettiva che guarda alla gravità del fatto concreto, inteso come fatto commesso nel passato, essa potrà certamente concettualizzare correttamente l'attività del giudice comune, che applica effettivamente la sentenza ad una fattispecie concreta. Ma sembra non cogliere pienamente l'operazione di determinazione della cornice edittale del legislatore, il quale, in questa sede, potrà certamente seguire un criterio di proporzionalità retributiva, ma non potrà, necessariamente, adottare un'ottica retrospettiva, per il semplice fatto che non ha a disposizione uno specifico e particolare fatto del passato come punto di riferimento, bensì solo il disvalore comunemente ricollegato alle varie manifestazioni della fattispecie astratta. Si coglie così un parziale scollamento tra proporzionalità astratta e concreta da un lato e proporzionalità prospettica e retrospettiva dall'altro.

CAPITOLO II

PUNIRE O NON PUNIRE? IL DIBATTITO PENALISTICO SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E DISCORSO D'ODIO: CONCETTUALIZZAZIONE E ANALISI COMPARATISTICA.

SOMMARIO: Sezione prima. ARGOMENTI A FAVORE E CONTRO LA PUNIZIONE DEI DISCORSI D'ODIO NELLA RIFLESSIONE DOTTRINALE AMERICANA: 1. Panoramica degli interessi sottesi alle due posizioni. – 2. Argomenti a favore della punizione dei discorsi d'odio. – 2.1 Jeremy Waldron e l'inconciliabilità dell'*hate speech* con una *well ordered society*. – 2.2. *Words that wound*: la *Critical Race Theory* e i danni prodotti dall'*hate speech*. – 3. Argomenti contrari alla punizione dei discorsi d'odio. – 3.1. La Democrazia come ostacolo alla punizione dell'*hate speech*: tre declinazioni. – 3.2. Il Principio di Autonomia individuale e la punizione dell'*hate speech*. – 4. Osservazioni conclusive. – Sezione seconda. LA DISCIPLINA PENALE IN TEMA DI DISCORSO D'ODIO E DI NEGAZIONISMO NEGLI ORDINAMENTI EUROPEI. UNA PROSPETTIVA COMPARATISTICA: 1. – Discorsi d'odio e negazionismo nel sistema di tutela dei diritti umani dell'Europa sovranazionale. – 2. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di *hate speech*: tra bilanciamento, principio di proporzionalità e clausola di abuso del diritto. – 2.1. La libertà di espressione nel sistema convenzionale: l'art 10 della CEDU. – 2.2. Negazionismo e discorso d'odio nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo o delle interrelazioni tra art. 10 e 17 CEDU – 2.2.1. L'applicazione dell'art. 17 al discorso negazionista: storia di un'evoluzione in tre fasi. – 2.2.2. L'applicazione dell'art. 17 come ghigliottina in materia di discorso d'odio antisemita e razzista. Qualcosa di nuovo sul fronte dell'*hate speech* omofobico. – 2.3. Ritorno al negazionismo. Il Caso *Perinçek v. Svizzera* e i successivi sviluppi. Tra riespansione del bilanciamento e perduranti ambiguità. – 3. Il Discorso d'odio nel diritto dell'Unione europea: la decisione quadro 2008/931/GAI e alcuni cenni sulla giurisprudenza in materia della Corte di Giustizia. – 4. Discorso d'odio, negazionismo e diritto penale: variazioni sul tema nella disciplina di tre ordinamenti europei. – 4.1. La risposta dell'ordinamento

tedesco alla negazione dell'Olocausto nel quadro della democrazia costituzionalmente protetta. – 4.2. Discorso d'odio e negazionismo nella legislazione penale e nella giurisprudenza costituzionale tedesca. – 4.3. L'interpretazione costituzionale spagnola in materia di libertà di espressione tra fatto e opinione: un cambio di rotta. – 4.4. Storia, memoria e diritto penale nel modello francese. – 4.4.1. Evoluzione storica della disciplina francese dei discorsi d'odio razziale, etnico e religioso. – 4.4.2. La disciplina positiva dei discorsi d'odio e la varietà delle risposte incriminatrici. – 4.4.3. La risposta dell'ordinamento francese alla negazione del genocidio e dei crimini internazionali. –

5. Osservazioni conclusive. – Sezione terza. L'ORDINAMENTO PENALE ANTIDISCRIMINATORIO ITALIANO: UN QUADRO TRAVAGLIATO TRA ESIGENZE DI TUTELA E LIMITI DEL DIRITTO PENALE: 1. Ricostruzione del quadro normativo della legislazione antidiscriminatoria italiana: una stratificazione di riforme – 2. L'opportunità della repressione penale del negazionismo nel dibattito penalistico italiano. – 3. La difficile convivenza tra garanzie penalistiche costituzionali e la disciplina dei delitti contro l'uguaglianza: più problemi che soluzioni. – 3.1. La terminologia delle fattispecie e le frizioni, vere o presunte, con il principio di tassatività-determinatezza: discriminazione, razzismo e odio. – 3.2. Il bene giuridico tutelato o alla ricerca di un'offensività latente. – 3.3. *Segue*. Le condotte tipiche e la tecnica di incriminazione: pericolo astratto o pericolo concreto? – 4. Propaganda razzista fondata sulla negazione della Shoah: criticità alla prova della prassi giurisprudenziale. – 5. Discorso d'odio omofobico e nuove declinazioni del negazionismo. Il fu d.d.l. Zan e nuovi disegni di legge in materia di negazionismo. – 6. Osservazioni conclusive.

Sezione prima

Argomenti a favore e contro la punizione dei discorsi d'odio nella riflessione dottrinale americana

1. Panoramica degli interessi sottesi alle due posizioni

La regolamentazione delle espressioni riconducibili all'*hate speech* è oggetto di forte controversia nella dottrina angloamericana. Mentre in Europa esiste da tempo una solida tradizione normativa restrittiva, negli Stati Uniti, patria del Primo Emendamento e della massima tutela della libertà di espressione, il dibattito è molto più acceso.

È stato rilevato che tale confronto, caratterizzato da posizioni profondamente divergenti, rappresenta una frattura interna al pensiero liberale: un fatto rilevante, poiché i c.d. *liberal theorists* hanno storicamente mostrato compattezza su temi quali aborto, unioni omosessuali o pena di morte.

La divisione deriva dal fatto che sostenitori e oppositori delle leggi contro l'*hate speech* basano le proprie argomentazioni su valori centrali dell'ideologia liberale. Il dibattito ha così prodotto una cesura tra le correnti c.d. *libertarian* and *egalitarian* della tradizione liberale²²⁹.

²²⁹ D. BRINK, *Millian principles, Freedom of expression and Hate Speech*, in *Legal Theory*, 7, 2001, 192: «On the one hand, egalitarian concerns may seem to require restricting freedom of expression. Hate speech is an expression of discriminatory attitudes that have a long, ugly, and sometimes violent history. As such, hate speech is deeply offensive to its victims and socially divisive. Though one might well be reluctant to restrict speech, it might seem that the correct response to hate speech, as with other forms of discrimination, is regulation. On the other hand, libertarian concerns may seem to constrain the pursuit of equality. Though one may abhor hate speech and its effects, the cure might seem at least as bad as the disease. Freedoms of expression are among our most fundamental liberties. Offensive ideas are part of the price one must pay to protect these constitutional rights. This being so, it might seem that the correct response to hate speech is more speech, presumably egalitarian speech condemning hate speech, not the restriction of speech.»

Nel caso del discorso d'odio, i *libertarian* privilegiano la tutela della libertà di espressione, ritenendo la sua repressione dannosa per i valori che la sorreggono. Gli *egalitarian*, invece, attribuiscono priorità ad altri valori fondamentali della comunità, autonomia, dignità e uguaglianza dei soggetti colpiti, anche a costo di limitare la libertà di espressione, poiché tali valori risultano minacciati dall'*hate speech*²³⁰.

Considerando anzitutto la posizione contraria alla regolazione del discorso d'odio, emerge come gli argomenti avanzati da tale "fazione" riproducano *topoi* consolidati della dottrina liberale classica del Primo Emendamento. Le principali criticità rispetto all'introduzione di limiti all'*hate speech* sono essenzialmente due.

In primo luogo, il discorso d'odio ricade spesso nella categoria del discorso politico: emblematico è il caso *Collin v. Smith*²³¹, nel quale si riconobbe a un gruppo filonazista il diritto di esibire la svastica durante una marcia a Skokie, poiché in quel caso il discorso per quanto detestabile, riguardava idee politiche, non fatti di cui si potesse contestare la veridicità e, ai sensi del Primo Emendamento come interpretato dalla Corte Suprema, non esistono idee false.

Il problema deriva dal fatto che il discorso politico gode nell'ordinamento statunitense di una tutela particolarmente estesa, essendogli attribuita una *preferred position* nella giurisprudenza costituzionale, una collocazione privilegiata che affonda le proprie radici in una tradizione giuridica ampiamente consolidata²³².

²³⁰ A. HAREL; *Hate Speech and Comprehensive Forms of Life*, in M. HERZ, P. MOLNÀR, *The content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, 2012, e-book, cit., 478, in realtà esiste anche una terza visione che "fotografa" le posizioni esistenti nel dibattito relativo alla protezione dell'*hate speech* e le distingue in tre approcci: l'approccio *civil libertarian* che reputa la soppressione dell'*hate speech* una inaccettabile violazione della libertà di espressione, tranne quando esiste il pericolo diretto ed immediato che dalla parola possa risultare una "rottura della pace"; l'approccio *egalitarian* secondo cui l'*hate speech* è quasi sempre sufficientemente grave da giustificare il danno derivante dalla sua soppressione; e l'approccio intermedio dei c.d. *accommodationists* che cercano di trovare un terreno comune tra i due poli contrapposti. Si veda C. MASSEY, *Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression*, in 40 *Ucla Law Review*, 1992, 106-107.

²³¹ 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978); Sono molteplici le analisi di questo caso, particolarmente dettagliata quella di L. BOLLINGER, *The tolerant society (Freedom of speech and extremist speech in America)*, Oxford University Press, 1986, 26 s. Si veda anche il secondo capitolo di questa tesi.

²³² Sul punto, *ex multis*, E. BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford University Press, 1985 cit., 145 s.; A. HAREL, cit., 480.

La Corte Suprema ha più volte ribadito che il Primo Emendamento assicura la tutela più ampia possibile al discorso politico, al fine di garantire un libero scambio di idee funzionale ai processi di trasformazione politica e sociale²³³, sostenendo altresì un *profondo impegno nazionale* verso un dibattito pubblico non interferito e aperto anche ad attacchi veementi contro i pubblici ufficiali²³⁴. Tale posizione privilegiata affonda le proprie radici nelle *free speech justifications*, ossia nelle teorie che giustificano la protezione costituzionale della libertà di parola e che rispondono essenzialmente alla domanda «perché tutelare la libertà di manifestazione del pensiero?»²³⁵. Tra queste, la dottrina del *self-government*, elaborata da Meiklejohn, attribuisce alla libertà di espressione la funzione essenziale di garantire *the voting of wise decisions*, presupponendo che i cittadini possano accedere a ogni idea o informazione rilevante per l'autogoverno²³⁶. Questa impostazione, tuttavia, esalta il dibattito politico e sociale, offrendo una tutela meno convincente per forme espressive, come quelle artistiche o letterarie, comunque protette negli ordinamenti democratici²³⁷.

Il secondo argomento centrale degli oppositori delle regolazioni sull'*hate speech* è la dottrina della *viewpoint discrimination*²³⁸, parte del più ampio divieto di leggi *content-based*, ritenute problematiche poiché distinguono tra espressioni lecite e illecite sulla base del loro contenuto²³⁹. Tale divieto è tradizionalmente giustificato con il rischio di

²³³ *Buckley v. Valeo*, 424 US 1, 14 (1976): «The First Amendment affords the broadest protection to such political expression in order to assure the unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people».

²³⁴ *New York Times v. Sullivan*, 376 US 254, 270 (1964).

²³⁵ Sul punto si veda il secondo capitolo di questa tesi.

²³⁶ A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the people*, Greenwood Pub Group, 1960, 75.

²³⁷ E. BARENDT, *Freedom of Speech*, cit., 20, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 72.

²³⁸ Si veda l'argomentazione in opposizione all'introduzione di leggi anti *hate speech*, basata sul tema della *viewpoint discrimination* in JAMES WEINSTEIN, *Hate Speech Bans, Democracy, and Political Legitimacy*, in, 32 *Const. Comment.*, 2017, 540: «Viewpoint-based speech restrictions on public discourse infringe the fundamental interest in equal political participation of those who want to express these forbidden views. To the extent that such censorship prevents people from expressing what they believe is best for society, it is insulting; in so far the speech restriction impairs their ability to promote or protect their own self-interest, it is also fundamentally unfair».

²³⁹ Le leggi che limitano la libertà di espressione sulla base di un approccio *content-based*, ossia sulla base del contenuto della condotta espressiva, sono sottoposti ad uno c.d. *strict scrutiny* da parte della Corte Suprema, ossia la forma più rigorosa di *judicial review*, che richiede che la limitazione alla libertà sia subordinata al perseguimento di un interesse primario (*compelling interest*) e che gli strumenti

distorsione del dibattito pubblico, di interferenza nella formazione del convincimento dei cittadini e di abuso da parte dello Stato nell'imporre una visione della realtà²⁴⁰. In questo quadro, le *hate speech laws* risultano particolarmente controverse, soprattutto nella versione che propone di limitarle alle espressioni offensive contro gruppi storicamente oppressi, escludendo le offese rivolte a gruppi maggioritari²⁴¹.

Entrambi gli argomenti degli oppositori a tali legislazioni si fondano dunque sui principi di *liberty* e *autonomy*; tuttavia, il dibattito è reso peculiare dal fatto che tali valori possono essere invocati anche a sostegno della posizione opposta, al fine della restrizione dell'*hate speech*²⁴². I sostenitori delle limitazioni richiamano infatti tre valori liberali fondamentali: *autonomy*, *dignity* ed *equality* delle vittime²⁴³. L'*hate speech* minaccia l'*autonomy* favorendo emarginazione ed esclusione dalla vita comunitaria, soprattutto per gruppi già vulnerabili, compromettendone la possibilità di condurre «*the best, most meaningful, self-directed life possible*»²⁴⁴. Quanto alla *dignity*, più volte individuata come uno dei beni giuridici lesi dal discorso d'odio²⁴⁵, essa è intesa, secondo la *Critical Race Theory*, come protezione dall'offesa psicologica che può incidere sull'autostima della vittima, al punto da provocare una profonda

normativi utilizzati per raggiungere l'interesse così qualificato rispondano ad un criterio di stretta adeguatezza ad esso (*narrowly tailored*).

²⁴⁰ A. STONE, *Viewpoint Discrimination, Hate Speech Laws, and the Double-Sided Nature of Freedom of Speech*, in *32 Const. Comment.*, 2017, 690.

²⁴¹ Questa è proprio la posizione di una degli esponenti più importanti della *Critical Race Theory*, le caratteristiche della quale saranno analizzate nel dettaglio nei paragrafi successivi. Si veda M. J. MATSUDA, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in *87 Mich. L. Rev.* 2320 1989, *passim*.

²⁴² A. HAREL, *Hate Speech*, cit., 484; A. STONE, *Viewpoint Discrimination, Hate Speech Laws, and the Double-Sided Nature of Freedom of Speech*, cit., 695-696: l'Autore definisce efficacemente questo effetto come «the double-sided nature of freedom of expression», notando come quei valori come il principio di uguaglianza e il rispetto del multiculturalismo costantemente declinati dalla Corte Suprema canadese come quei valori costituzionali che impongono all'ordinamento canadese di scoraggiare la discriminazione razziale, sono i medesimi invocati nell'ambito delle ricostruzioni teoriche del Primo Emendamento per proteggere la libertà di espressione, anche nella forma del discorso d'odio.

²⁴³ A. HAREL, cit., 484.

²⁴⁴ C. MASSEY, *Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression*, cit., 156; ancora una volta si ripropone il meccanismo dell'ambivalenza dei valori o interessi posti a fondamento delle due contrapposte posizioni analizzate. La citazione riportata nel testo è tratta da C.E. BAKER, *Autonomy and Hate Speech* in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 202, in cui l'Autore utilizza il valore in parola per giustificare invece la propria posizione di *absolutist* in materia di libertà di manifestazione del pensiero e la propria contrarietà a limitazioni del discorso d'odio.

²⁴⁵ Si veda A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., *passim*, in particolare cap. III.

compromissione della qualità della vita e della capacità di partecipare fruttuosamente ai diversi ambiti della convivenza sociale; tuttavia, una simile impostazione è stata criticata per il suo eccessivo soggettivismo, cui ha apportato un correttivo la concezione della dignità come *status sociale* proposta da Waldron²⁴⁶. Infine, il discorso d'odio è ritenuto lesivo del principio di *equality*, poiché diffonde e consolida stereotipi degradanti che minano l'eguale dignità delle persone tanto nella percezione individuale quanto in quella sociale²⁴⁷.

2. Argomenti a favore della punizione dei discorsi d'odio

Punto di avvio di tali riflessioni è la critica ai principi cardine della dottrina statunitense sul Primo Emendamento, dalla quale emerge l'idea, declinata in varie forme, che la

²⁴⁶ J. WALDRON, *The harm in hate speech*, Harvard University Press, 2012, *passim*, in particolare cap.V; le argomentazioni di questo autore saranno dettagliatamente analizzate nel paragrafo successivo.

²⁴⁷ Con riguardo all'analisi dei valori che sono invocati dai fautori della introduzione di leggi *anti hate speech*, essa può anche essere condotta secondo un approccio più vicino alla tradizione giuridica, sia costituzionale che penale, italiana. In questo contesto i valori appena ripercorsi possono essere considerati come beni giuridici o interessi da collocare su un ideale piatto della bilancia, per compiere un'operazione di, appunto, "bilanciamento ragionevole" con la libertà di espressione. Si tratta di una analisi rinvenibile in A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 135-142; in essa è stata sottolineata la particolare genericità del concetto di dignità umana, che rappresenta più che altro una forma vuota, l'individuazione dei cui contenuti può dipendere dalle variegati impostazioni concettuali di partenza: c'è chi ritiene che essa sia il "contenitore" dei diritti naturali e innati dell'Uomo, chi la ritiene una riformulazione del concetto di autonomia e chi le attribuisce definizioni assiologicamente orientate, "riempiendo" tale scatola vuota con i valori che ritiene più rilevanti in una determinata epoca storica, in una certa società. Questa genericità ha rappresentato da una parte un pregio per tale valore, in quanto grazie alla sua inafferrabilità definitoria è riuscita ad essere accettata in quasi tutti i trattati internazionali dal Secondo dopoguerra, riuscendo a conciliare posizioni culturalmente e storicamente antitetiche in virtù della sua adattabilità. Dall'altra tuttavia, proprio la fluidità di tale concetto, lo rende incompatibile con la tecnica del bilanciamento, in quanto si finirebbe per collocare sui due piani della bilancia lo stesso diritto/contro interesse, che è proprio quanto si è osservato nella rapida ricognizione svolta dei principi di fondo comuni a tutti gli argomenti a favore e contro la libertà di manifestazione del pensiero. L'Autrice propone una prospettiva nuova per risolvere tali profili problematici della dignità, invitando a considerarla non come bene giuridico coinvolto nel bilanciamento, bensì come la bilancia stessa, ossia "quello strumento che rende ragionevoli, accettabili, rispondenti alla tavola dei valori di una società determinata, in un dato momento storico, i vari *trade off* tra i diritti". L'esigenza di realizzare un cambiamento dell'assetto degli interessi in gioco da parte del legislatore o del giudice dei diritti sarà semplicemente il segno dell'affermazione di una nuova e mutata concezione di dignità.

libertà di manifestazione del pensiero funzioni primariamente come strumento di dissenso e di resistenza all'imposizione della maggioranza. Essa sarebbe dunque da tutelare poiché tipicamente esercitata da gruppi minoritari, ossia portatori di idee e visione della realtà di nicchia o, addirittura, controcorrente. Le diverse teorie che giustificano tale libertà, ricerca della verità, legittimazione del potere democratico, partecipazione dei cittadini al dibattito pubblico, valorizzazione di *autonomy* e *dignity*, condividono un'impostazione conflittuale tra autorità pubblica e individuo.

Negli ultimi anni, tuttavia, diversi studiosi hanno evidenziato un aspetto critico della libertà di espressione, ossia il suo impiego come mezzo di aggressione e marginalizzazione di gruppi storicamente vulnerabili. Questi studiosi invitano a ripensare il rapporto tra libertà e potere, riconoscendo che essa non opera in una società ideale caratterizzata da effettiva parità tra gli individui. Solo in un simile contesto potrebbe trovare piena applicazione la teoria del *marketplace of ideas*, che presuppone l'eguaglianza dei "competitori" nel dibattito pubblico, così che il modello fondato sulla massima *the answer to speech is more speech* risulti effettivamente praticabile.

Poiché la società è strutturata in gruppi distinti per razza, intesa ormai non come categoria biologica, bensì costruito sociale, etnia, orientamento sessuale o religione, e alcuni di essi sono ancora segnati da discriminazioni storiche, la loro capacità di partecipare alla concorrenza delle idee risulta inevitabilmente ridotta. Ne deriva che il discorso d'odio contribuisce ad accrescere la marginalizzazione delle minoranze, compromettendone la posizione sia agli occhi della maggioranza sia nella loro stessa percezione.

Ciò pone un interrogativo cruciale: come tracciare il confine tra parola lecita e illecita, evitando che il divieto di ogni espressione offensiva apra la strada a una censura illimitata, con il rischio di eliminare la libertà di opinione? Il paragrafo seguente esamina le principali proposte teoriche avanzate per rispondere a tale quesito.

2.1 Jeremy Waldron e l'inconciliabilità dell'*hate speech* con una *well ordered society*

Nella sua opera *The Harm in Hate Speech*, Jeremy Waldron chiarisce anzitutto l'obiettivo delle legislazioni che reprimono il discorso d'odio. Egli contesta il cardine del credo *liberal*, «non condivido la tua idea, ma darei la vita perché tu la possa esprimere»²⁴⁸, secondo cui la libertà di espressione dovrebbe prevalere sempre, sostenendo che non si possa chiedere alle minoranze che ne sono bersaglio di tollerare l'*hate speech* in nome di tale libertà. Il discorso d'odio lede, secondo Waldron, due valori fondamentali: l'*inclusiveness*, intesa come bene pubblico che garantisce a ogni individuo sicurezza nell'ambiente sociale condiviso, e la *dignity*, concepita non come attributo morale astratto, ma come *basic social standing* che consente di essere trattati da eguali nelle interazioni sociali. L'*hate speech* erode tale bene pubblico in modo cumulativo, “avvelenando” la convivenza civile, e compromette la reputazione dei membri delle minoranze agli occhi propri e altrui²⁴⁹.

Per illustrare i danni sociali del fenomeno, Waldron contrappone due immagini di società: una “sfigurata” da messaggi pubblici razzisti o omofobici e una società aperta alle opportunità di tutti. Richiamandosi al concetto del filosofo del diritto John Rawls di *well-ordered society*²⁵⁰, egli si chiede se una società che tollera la *group defamation*

²⁴⁸ Com'è noto, espressione erroneamente attribuita a Voltaire, in realtà della scrittrice inglese Evelyn Beatrice Hall, nota per la sua biografia del grande illuminista francese, *The Life of Voltaire*, pubblicata per la prima volta nel 1903.

²⁴⁹ J. WALDRON, *The harm in Hate speech*, Harvard University press, 2012, 12.

²⁵⁰ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, 1993, S. VECA (a cura di), Torino, 2012, *passim*. Per un sintetico ma efficace approfondimento della teoria di John Rawls, oltre ai singoli aspetti considerati da J. Waldron, si veda P. TANZARELLA, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, Torino, 2020, 31 ss. L'autrice spiega come il filosofo si pone altre due domande fondamentali, a monte della propria riflessione, una relativa alla giustizia politica in una società democratica, l'altra alla tolleranza: “quale è la concezione della giustizia più adatta a specificare gli equi termini di una cooperazione sociale, da una generazione all'altra, fra i cittadini considerati liberi, uguali e membri pienamente cooperativi della società per tutta la vita?”; “Posto che la cultura politica di una società è la risultante di inevitabili e molteplici dottrine religiose, filosofiche e morali opposte e inconciliabili, alcune di esse del tutto ragionevoli, quali sono le basi della tolleranza? “Fondamento di ogni risposta possibile per tali interrogativi, è individuata dall'autore in una cooperazione tra i membri della società; perché la giustizia sia equa infatti è necessaria la tolleranza, ossia una situazione in cui ciascun membro della società sia in relazione agli altri in condizioni di parità e cooperi con essi. L'unico contesto in cui è realizzabile questo ideale di giustizia equa è la *well-ordered society*, che è tale solo quando i cittadini portatori di dottrine tra loro opposte ma ragionevoli, accettino di partecipare alla

possa qualificarsi come tale²⁵¹. Alla posizione dei costituzionalisti *liberal* statunitensi, secondo cui una società ben ordinata può tollerare anche un “brutto aspetto” (“*ugly appearance*”) pur di salvaguardare il *free speech*, Waldron oppone la tesi che l'apparenza sia parte essenziale della sostanza sociale: una comunità attraversata da rancore ed espressioni d'odio non risponde ai requisiti rawlsiani di ordine ben fondato²⁵².

Sebbene Rawls non si sia pronunciato sull'*hate speech* e abbia sostenuto un'interpretazione ampia del Primo Emendamento, Waldron ritiene che ciò non escluda la necessità di strumenti coercitivi in una società che aspira a diventare ben ordinata. Le leggi non sono inutili neppure in tale modello ideale; ancor meno lo sono in una società reale, dove norme penali possono favorire un cambiamento delle attitudini discriminanti²⁵³. Da questa premessa deriva la proposta di una fattispecie di *group defamation* o *group libel*²⁵⁴, più adatta, secondo l'Autore, a descrivere il disvalore dell'*hate speech* rispetto alla nozione, fuorviante, di *hate*, che suggerirebbe un illecito basato sulle motivazioni soggettive.

Waldron distingue infatti tra *hate crimes*, in cui il movente rileva, e *hate speech*, dove l'odio è rilevante solo come effetto sociale delle espressioni²⁵⁵. La censura non

cooperazione e in cui le dottrine irragionevoli vengano limitate nella loro diffusione nella misura necessaria ad evitare che minino la giustizia della società.

²⁵¹ J. WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, cit., 81 “Its hoardings and its lampposts may be festooned with depictions of members of racial minorities characterizing them as bestial or subhuman. There may be posters proclaiming that members of these minorities are criminal, perverts or terrorists, or leaflets saying that followers of a certain religion are threats to decent people and that they should be deported or made to disappear. There may be banners and swastikas celebrating or exuding the genocidal campaigns of the past. [...] That is what a society may look like when group defamation is permitted”.

²⁵² J. WALDRON, *The harm in Hate Speech.*, cit., 82; l'Autore afferma che alcuni di questi costituzionalisti *liberal* si spingerebbero addirittura oltre: «They celebrate the diversity and unruliness of the various messages and speeches milling around visibly in the marketplace of ideas».

²⁵³ J. WALDRON, *The Harm*, cit., 99 «Societies do not become well ordered by magic. The expressive and disciplinary work of law may be necessary as an ingredient in the change of heart within its citizens that a well ordered society presupposes».

²⁵⁴ J. WALDRON, *The Harm*, cit., 45 s.

²⁵⁵ *Ibidem*, 46. L'Autore sottolinea come sia proprio questa la prospettiva nella quale l'elemento dell'*hatred* viene considerato in molte definizioni normative; un esempio è quello del *Criminal Code* canadese del 1985, Section 319 (1) che si riferisce alle azioni di una persona «*who, by communicating statements in any public place, incites hatred against any identifiable group*»; altro esempio rilevante il *Public Order Act* 1986 britannico, section 18(1) che dà rilievo al discorso in tutte le circostanze in cui “*is likely to stir up hatred*». Spostando lo sguardo al panorama dottrinale italiano, si segnala una simile differenziazione categoriale, che distingue tra odio-motivo e odio-evento; al primo modello

riguarda emozioni vietate, ma gli effetti nocivi prodotti su gruppi vulnerabili. Di qui l'idea che l'offesa al gruppo comporti necessariamente un'offesa al singolo membro, giustificando la tutela penale non per il danno psicologico individuale, bensì per il rischio sistemico di corrosione della pari dignità sociale²⁵⁶.

Secondo una parte della dottrina penalistica, questo approccio presenta il vantaggio di sostituire un bene giuridico "fragile", come il sentimento individuale, con un valore collettivo essenziale: il rispetto del principio di uguaglianza e dell'inclusività sociale²⁵⁷. Inoltre, Waldron adotta una prospettiva tendenzialmente *content-neutral*, limitando la punibilità ai discorsi che mirano a persuadere la maggioranza che determinati gruppi non meritino pari diritti, e che siano formulati pubblicamente e con carattere durevole nel tempo²⁵⁸.

2.2. Words that wound: la Critical Race Theory e i danni prodotti dall'hate speech

La *Critical Race Theory* (CRT) si afferma negli Stati Uniti alla fine degli anni Ottanta come sviluppo interno ai *Critical Legal Studies*, grazie all'iniziativa di studiosi appartenenti a minoranze etniche che miravano a creare un movimento accademico afroamericano capace di analizzare il diritto dalla prospettiva specifica degli

appartengono i reati in cui l'odio rileva tra i moventi della condotta, e, pertanto, esso dà forma al disvalore d'azione e costituisce il fondamento della relativa riprovevolezza, al secondo quelli in cui il sentimento costituisce l'effetto cagionato dalla stessa, operando, dunque, come fonte del disvalore del fatto, in quanto ciò che si punisce « non tanto l'espressione del proprio odio, quanto il contributo che si dà alla creazione di un clima di ostilità rispetto a certi soggetti in ragione di certe loro, vere o supposte, caratteristiche, o, ancor più direttamente, la creazione del pericolo che certi atti (discriminatori o violenti) espressivi d'odio vengano commessi nei loro confronti». V. A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2016, 594

²⁵⁶ P. TANZARELLA, *Discriminare parlando*, cit., 35. Waldron individua tre tipologie in cui questa associazione biunivoca si può realizzare: una associazione fattuale, per esempio sostenendo che il possesso di armi e marijuana è tipico degli afroamericani, che i musulmani sono terroristi; d'opinione, per esempio la caratterizzazione di membri di minoranze come insetti o animali e comportamentale, ad esempio vietando l'accesso a certe strutture ai membri di determinate minoranze.

²⁵⁷ A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 158.

²⁵⁸ J. WALDRON, *The harm in Hate Speech*, cit., 49 "But the sort of attacks on vulnerable minorities that elicit attempts to regulate and suppress "hate speech" include attacks pasted up or posted on the Internet, expressions that become a permanent or semipermanent part of the visible environment in which our lives, and the lives of vulnerable that are printed, published, minorities, have to be lived".

afroamericani e di altre minoranze. Al centro della CRT vi è il rapporto strutturale fra diritto e razza: i teorici critici della razza sostengono «alcuna reale, profonda comprensione della relazione fra diritto e politica sia possibile negli Stati Uniti, fintanto che si ignori, o si sottovaluti, la controversa storia e la contemporanea rilevanza della razza, della razzialità, e del razzismo nella società americana».²⁵⁹ La CRT si oppone dunque all'approccio *color-blind* al diritto e all'interpretazione costituzionale, secondo cui l'appartenenza razziale non dovrebbe essere considerata né per imporre oneri né per attribuire benefici²⁶⁰, sostenendo invece una prospettiva di *race consciousness*, indispensabile per cogliere le dinamiche reali di potere e discriminazione.

Tra le principali esponenti della CRT vi è Mari Matsuda, autrice di un contributo fondamentale che propone di superare i meri rimedi civilistici, come la *tort action* avanzata da Richard Delgado (uno dei “padri” della *Critical Race Theory*), per affrontare l'hate speech razziale, ritenendo necessarie specifiche sanzioni penali che assicurino una dimensione pubblica dell'accusa²⁶¹. La studiosa non rifiuta in toto la dottrina statunitense del Primo Emendamento, che pure costituisce l'oggetto della *pars destruens* della sua analisi, ma intende integrarla con una *pars construens* fondata sull'unione di due narrazioni: da un lato, la storia e l'esperienza delle vittime del discorso d'odio; dall'altro, la storia e la funzione del principio del *free speech* sancito nel Primo Emendamento. A essere respinta dalla studiosa è piuttosto la posizione *absolutist*, secondo cui la formula *Congress shall make no law* impedirebbe qualsiasi intervento legislativo, statale o federale, che possa limitare la libertà di parola, anche

²⁵⁹ K. THOMAS, *Legge, razza e Diritti: “Critical Race theory” e politica del diritto negli Stati Uniti*, in *Filosofia del Diritto*, 2003, 449.

²⁶⁰ K. THOMAS, *Legge, razza e Diritti: “Critical Race theory” e politica del diritto negli Stati Uniti*, cit., 451.

²⁶¹ M. MATSUDA, *Public response of Racist Speech: considering the victim's story*, in *87 Mich. L. Rev.*, 1989, 2320 ss., 2321 «This Article takes inspiration from Professor Delgado's position, and makes the further suggestion that formal criminal and administrative sanction, public as opposed to private prosecution, is also an appropriate response to racist speech».

quando si tratti di espressioni razziste²⁶². Matsuda contesta questa lettura e chiede una risposta normativa formale e strutturata ai discorsi d'odio.

La studiosa riconosce che la propria posizione contrasta con la tradizione statunitense, caratterizzata da sfiducia verso l'intervento statale e da un'elevata tolleranza nei confronti dell'*hate speech* razziale. Tale tolleranza si fonda sull'idea che la libertà di espressione debba essere difesa soprattutto in contesti difficili e controversi per evitare che lo Stato imponga le proprie preferenze ideologiche contro le minoranze²⁶³. Tuttavia, Matsuda sottolinea come il "costo" di tale tolleranza ricada esclusivamente sulle minoranze, configurandosi come una sorta di tassa sociale pagata solo da alcuni membri della comunità²⁶⁴.

La studiosa propone quindi una prospettiva alternativa a quella tradizionale del Primo Emendamento, richiamando l'emergere della *Jurisprudence of the outsiders*, una corrente che unisce un approccio pragmatico, orientato al cambiamento sociale, all'obiettivo della convivenza pacifica²⁶⁵. La prima parte del suo articolo presenta una serie di episodi di *hate speech* rivolti a diverse minoranze razziali, per dimostrare come il costo della libertà di espressione non sia uniformemente distribuito, contrariamente

²⁶² I principali esponenti di questa posizione sono stati i giudici Hugo L. Black e William O. Douglas. Particolarmente significative sono le due separate *dissenting opinions* da essi fornite nell'ambito del caso *Dennis v. United States* del 1951, importante sentenza della Corte Suprema americana. Entrambi erano contrari alla condanna di un gruppo di esponenti politici di spicco condannati per aver cospirato ai fini dell'organizzazione del partito Comunista americano. Il Giudice Douglas affermò che l'unico momento in cui una condotta espressiva perde la propria tutela costituzionale è quando la situazione è così critica che non vi è il tempo perché "altro discorso", (*more speech*) possa spegnere la miccia della "parola pericolosa".

²⁶³ Sul punto si veda in particolare L. BOLLINGER, *The tolerant society* cit., 26 ss., in relazione all'analisi del caso *Skokie*.

²⁶⁴ M. MATSUDA, *Public response of Racist Speech: considering the victim's story*, in 87 *Mich. L. Rev.*, 1989, 2320 ss, 2323: «Tolerance of hate speech is not tolerance borne by the community at large. Rather, it is a psychic tax imposed on those least able to pay». In realtà questa argomentazione è condivisa anche da chi si oppone a qualunque regolamentazione della libertà di manifestazione del pensiero. Ne è un esempio Frederik Schauer che osserva come la società intera si avvantaggi del *free speech*, ma solo le vittime dei discorsi d'odio pagano il costo di questo beneficio. F. SCHAUER, *The Cost of Communicative Tolerance in Liberal democracy and the limits of tolerance. Essays in Honor and Memory of Yitzhak Rabin*, University of Michigan Press, 2000, 28 s. Riflessione riportata anche in A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, 153.

²⁶⁵ M. MATSUDA, *Public response of Racist Speech: considering the victim's story*, cit., 2324, "The new jurisprudence of people of color has a methodology that accepts as well the pragmatic use of law as a tool of social change, and the aspirational core of law as the human dream of peaceable existence".

alle affermazioni dei teorici libertari bianchi, la cui esperienza sociale differisce sensibilmente da quella delle minoranze.

Matsuda sostiene la necessità di reprimere legalmente il discorso d'odio, partendo dall'idea che esso contenga *in nuce* il seme della violenza e sia spesso antecedente a comportamenti razzisti e discriminatori²⁶⁶. Illustra inoltre le profonde conseguenze psicologiche ed emotive della *hate propaganda*²⁶⁷. Per rispondere in modo equilibrato sia alle esigenze del Primo Emendamento che alla tutela delle minoranze, propone una definizione circoscritta di *hate speech* penalmente perseguibile. Tale forma di espressione dovrebbe essere qualificata come categoria *sui generis*, esclusa dalla protezione ordinaria della libertà di parola, in quanto veicola un'idea storicamente inaccettabile legata alla perpetuazione di violenza e degradazione²⁶⁸.

Secondo la studiosa, tre elementi permettono di identificare il discorso d'odio punibile: la presenza di un messaggio di inferiorità razziale; la direzione del messaggio contro un gruppo storicamente oppresso; il carattere persecutorio, odioso e degradante dell'espressione²⁶⁹.

Tali criteri si fondano sulla constatazione che l'inferiorità evocata dall'*hate speech* non deriva da semplice pregiudizio individuale, ma da una gerarchia consolidata nella storia sociale, strutturata come una piramide che colloca le minoranze alla base²⁷⁰.

²⁶⁶ M. MATSUDA, *Public response of Racist Speech*, cit., 2332 ss. "In addition to physical violence, there is the violence of the word"; "there is a connection between racist words and racist deeds".

²⁶⁷ M. MATSUDA, *Public response of Racist Speech*, cit., 2336 ss "Victims of vicious hate propaganda have experienced physiological symptoms and emotional distress ranging from fear in the gut, rapid pulse rate and difficulty in breathing, nightmares, post-traumatic stress disorder, hypertension, psychosis, and suicide" "Research in psychosocial⁹⁴ and psycholinguistic analysis of racism suggests a related effect of racist hate propaganda: at some level, no matter how much both victims and well-meaning dominant-group members resist it, racial inferiority is planted in our minds as an idea that may hold some truth".

²⁶⁸ M. MATSUDA, cit., 2357 "In order to respect first amendment values, a narrow definition of actionable racist speech is required. Racist speech is best treated as a *sui generis* category, presenting an idea so historically untenable, so dangerous, and so tied to perpetuation of violence and degradation of the very classes of human beings who are least equipped to respond that it is properly treated as outside the realm of protected discourse".

²⁶⁹ M. MATSUDA, cit., 2358 "in order to distinguish the worst, paradigm example of racist hate messages from other forms of racist and nonracist speech, three identifying characteristics are suggested here: 1. The message is of racial inferiority; 2. The message is directed against a historically oppressed group; and 3. The message is persecutorial, hateful, and degrading."

²⁷⁰ P. TANZARELLA, *Discriminare parlando.*, cit. 37.

L'uso di questi elementi come prerequisiti di punibilità consente, secondo Matsuda, di evitare il rischio di aprire "le temute porte della censura"²⁷¹ e di limitare l'interferenza della normativa anti-*hate speech* con la libertà di espressione. Permetterebbe, ad esempio, di salvaguardare discorsi controversi ma non persecutori, come affermazioni pseudoscientifiche sulla superiorità genetica di alcuni gruppi o forme di satira basate su stereotipi, purché non adottino un linguaggio degradante. Per tali espressioni, osserva la studiosa, il rimedio adeguato resta la logica del *more speech*: la contrapposizione nel mercato delle idee²⁷².

Richard Delgado, altro autore centrale della CRT e co-fondatore del movimento, sviluppa la propria teoria nel volume *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, And The First Amendment*, considerato il manifesto della corrente. Egli sostiene la necessità di introdurre una *tort action* autonoma e specifica dedicata agli insulti razzisti, basandosi sull'analisi dei danni prodotti da tali espressioni non solo sulle vittime ma anche sugli autori e sull'intera società. Delgado, come Matsuda, sottolinea che l'*hate speech* ferisce la dignità e l'autopercezione delle vittime, le quali interiorizzano il messaggio degradante con effetti che si trasmettono alle generazioni successive, radicandosi nel sistema valoriale collettivo²⁷³.

Richiamandosi alle scienze sociali e psicologiche, lo studioso descrive gli effetti deleteri del discorso d'odio: senso di umiliazione, isolamento e disprezzo di sé, difficoltà relazionali con altri gruppi etnici, aumento del ricorso ad alcol e droghe e deterioramento delle dinamiche parentali nelle famiglie colpite. Sul piano sociale, l'*hate speech* costituisce, per Delgado, «*a breach of the ideal of egalitarianism, that "all men are created equal" and each person is an equal moral agent, an ideal that is a cornerstone of the American moral and legal system*»²⁷⁴.

Alla luce di tali conseguenze, Delgado ritiene illusorio affidare la risposta all'*hate speech* alla concorrenza nel mercato delle idee: le voci dei gruppi stigmatizzati sono

²⁷¹ M. MATSUDA, cit., 2358.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ R. DELGADO, *Words that wound: a tort action for racial insults, epithets and name calling*, in *17 Harv. Civil Rights L. Rev.*, 1982, 133 ss, 136.

²⁷⁴ *Ibidem*, 140

intrinsecamente più deboli o addirittura escluse dal dibattito pubblico²⁷⁵. Pertanto, un diverso sistema di rimedi appare necessario. Lo studioso contesta la possibilità di ricorrere a rimedi preesistenti, osservando che, nei casi di insulti razzisti oggetto di richiesta risarcitoria, le corti hanno utilizzato *tort actions* già tipizzate, come il *tort of outrage* o *intentional infliction of emotional distress* e la *defamation*, con risultati insoddisfacenti, poiché tali categorie presentano limiti strutturali incompatibili con le peculiarità dell'*hate speech* razzista²⁷⁶.

Delgado affronta anche le principali obiezioni sollevate contro l'introduzione di una *tort action* specifica, menzionando, fra le altre, la difficoltà di quantificare il danno emotivo, l'eventualità di ricorsi fraudolenti e il possibile incremento del contenzioso²⁷⁷. Tuttavia, lo studioso afferma che tali difficoltà non devono impedire il riconoscimento giuridico di un interesse realmente leso²⁷⁸. La quantificazione del danno, pur complessa, è già stata affrontata in altri ambiti, come il *tort of invasion of privacy* o l'*intentional infliction of emotional distress*; le giurie possono attribuire un valore agli interessi tutelati o, in alternativa, la legge può prevedere somme simboliche destinate a riparare la violazione della dignità.

Delgado è consapevole che non ogni riferimento alla razza costituisce un insulto, né ogni insulto rivolto a una minoranza rientra nell'*hate speech* razzista; il rimedio proposto si applica solo al linguaggio che degrada la dignità dell'altro attraverso il riferimento razziale²⁷⁹.

²⁷⁵ R. DELGADO, *Four observation about Hate Speech in 44 Wake Forest L. Rev.*, 2009, 353 s.

²⁷⁶ Per esempio, con riferimento al ricorso all'azione civile per diffamazione, Delgado afferma che essa fallisce nella protezione delle vittime di insulti razzisti, argomentando così: «Defamation is an invasion of the interest in reputation and good name, although the law protects only victims of false defamatory statements. In contrast, the maker of a racial insult invades the victim's interest in emotional tranquillity. A third party who learned that a person was the victim of a racial insult, but did not know the victim, would probably conclude that the victim is a member of a particular racial minority. But if this conclusion is true, the victim cannot recover because no falsehood has occurred. And whether or not the conclusion is true, it is not desirable that the law view membership in a racial minority as damaging to a person's reputation, even if some members of society consider it so», R. DELGADO, *Words that wound*, cit., 158-159.

²⁷⁷ *Ibidem*, 165

²⁷⁸ «[T]he mere fact that the claim is novel will not of itself operate as a bar to the remedy.»

²⁷⁹ *Ibidem*, cit., 167, «The cause of action suggested here is limited to language intended to demean by reference to race, which is understood as demeaning by reference to race, and which a reasonable person would recognize as a racial insult. The psychological or emotional harm alleged in such cases can be

Una seconda obiezione alla *tort action* specifica riguarda la difficoltà di ripartire correttamente i danni secondo il principio di proporzionalità, ossia stabilire in quali casi il danno subito dalla vittima derivi esclusivamente dall'insulto del convenuto o sia invece aggravato da condizioni pregresse di vulnerabilità prodotte da precedenti atti di razzismo²⁸⁰. Delgado propone due approcci alternativi. Il primo prevede di ridurre l'ammontare del risarcimento a carico del convenuto tenendo conto del contributo causale di attori precedenti, imponendo a quest'ultimo solo la quota di danno aggiuntiva da lui arrecata. Il secondo approccio, più severo, considera il perpetratore dell'insulto come parte di una catena storica e sociale di razzismo, riconoscendo che l'offesa razziale si radica nella storia della schiavitù e della discriminazione negli Stati Uniti: di conseguenza, il convenuto dovrebbe risponderne integralmente, come se avesse agito congiuntamente con coloro che hanno contribuito a creare la posizione di vulnerabilità della vittima²⁸¹.

L'ultima criticità concerne il rischio di ricorsi fraudolenti e l'eventuale aumento del contenzioso giudiziario. Delgado suggerisce di adottare un sistema di regole dissuasive per limitare le azioni infondate, come l'obbligo per l'attore di sostenere costi elevati nel caso in cui il ricorso risulti infondato. Tale strumento permetterebbe di prevenire abusi senza negare tutela alle vittime reali.

In conclusione, l'elaborazione teorica della *Critical Race Theory* sull'*hate speech* mette al centro il carattere strutturale del razzismo e la necessità di una risposta giuridica che tenga conto della storicità e persistenza delle dinamiche di oppressione. La CRT propone di ripensare radicalmente il rapporto tra libertà di espressione e uguaglianza, sostenendo che un sistema giuridico realmente democratico non può tollerare un discorso che mina la dignità e la sicurezza dei gruppi marginalizzati. Attraverso le posizioni, complementari ma diverse, di Matsuda e Delgado, emerge un

proved in the same manner as in other torts that protect psychological well-being.²¹ Expert testimony can be presented to substantiate the claim. Although such harms are to the mind and emotions, the harmful effects of racial speech have been amply studied and documented»

²⁸⁰ P. TANZARELLA, *Discriminare parlando*, cit., 38.

²⁸¹ R. DELGADO, *Words that wound*, cit., 169.

quadro coerente in cui il diritto non è mera neutralità formale, ma strumento essenziale di trasformazione sociale.

3. Argomenti contrari alla punizione dei discorsi d'odio

3.1. La Democrazia come ostacolo alla punizione dell'*hate speech*: tre declinazioni

Il rapporto tra democrazia e regolamentazione dei discorsi d'odio è stato oggetto delle riflessioni di tre illustri filosofi del diritto e costituzionalisti. Il primo è Ronald Dworkin, che colloca al centro della sua analisi il nesso strutturale tra libertà di espressione e metodo democratico. Egli osserva che la libertà di parola non costituisce soltanto uno strumento funzionale al corretto funzionamento della democrazia, bensì rappresenta un elemento costitutivo della stessa, in quanto presupposto della sua legittimità. Per tali ragioni, anche al di fuori della «intima relazione con la democrazia», essa assurge al rango di diritto umano universale²⁸².

Dworkin esamina le posizioni di quelli che definisce i nuovi oppositori della libertà di manifestazione del pensiero, ritenendoli più insidiosi rispetto ai suoi tradizionali nemici, poiché fondano le loro richieste di limitazione su valori largamente condivisi e chiedono l'esclusione dalla sfera protetta delle forme più ripugnanti di discorso²⁸³. Ciò rende necessaria, secondo l'Autore, l'individuazione di un principio in grado di giustificare la protezione assoluta della libertà di espressione, senza eccezioni neppure per il *hate speech* o la pornografia²⁸⁴.

²⁸² R. DWORKIN, *Foreward*, in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 7. Se si vuole istituire un collegamento tra la riflessione anglosassone e quella propria della dottrina nostrana, si può ravvisare in Dworkin una funzionalizzazione debole o metodologica della libertà di manifestazione del pensiero.

²⁸³ R. DWORKIN, *Foreward*, cit., 8; "We are more likely to relax our defence of the freedom [...] when the speech in question seems worthless or even vile".

²⁸⁴ Peraltro Dworkin è piuttosto scettico nei confronti della presunta offensività dei discorsi d'odio: "I do not mean, by posing that last question, to agree that bad speech has the malign consequences that have recently been claimed for it. Many of those claims are inflated and some are absurd", R. DWORKIN, cit., 8. Questo approccio che rifiuta di argomentare in altro modo che non sia lo svilimento delle

Questo principio è identificato nella dignità umana, intesa come ragione per cui i governi non possono imporre decisioni coercitive a individui che dissentono, se tali decisioni non rispettano il loro status di membri liberi ed eguali della comunità²⁸⁵. È sulla base di tale idea di *political legitimacy* che Dworkin fonda il suo argomento contro la limitazione del discorso d'odio. In una democrazia giusta, ciascun cittadino deve disporre «non solo di un voto, ma anche di una voce»: nessuna decisione di maggioranza può dirsi legittima se gli individui non hanno avuto la possibilità di articolare le proprie opinioni, incluse quelle che esprimono paure o pregiudizi, non soltanto allo scopo di persuadere gli altri, ma per affermare il proprio ruolo attivo nel processo collettivo²⁸⁶.

La protezione delle minoranze contro le conseguenze dannose del sessismo, dell'intolleranza o del razzismo deve essere perseguita attraverso leggi che vietano comportamenti discriminatori nei settori del lavoro, dell'educazione e dell'alloggio. Tuttavia, «non dobbiamo tentare di intervenire più a monte», vietando l'espressione di opinioni che consideriamo alla base di tali discriminazioni, poiché un intervento anticipato sulla formazione dell'opinione pubblica comprometterebbe l'unica giustificazione per cui tutti devono obbedire alle leggi giuste, compresi coloro che le disapprovano²⁸⁷. La conclusione è che la libertà di parola, pur potendo apparire

affermazioni circa i danni provocati dai discorsi d'odio è criticato da Jeremy Waldron: egli afferma di impostare la propria analisi su un approccio che riecheggia il bilanciamento ragionevole già incontrato nel corso di questa tesi, di cui apprezza l'onestà, riconoscendo ciò che "a restriction on racial or religious hate speech involves a trade-off, and we specify as clearly as we can the nature and importance of the values on each side of the balance" J. WALDRON, *The harm in Hate Speech*, cit., 176 s.

²⁸⁵ R. DWORKIN, cit., 9.

²⁸⁶ R. DWORKIN, cit., 10.

²⁸⁷ R. DWORKIN, cit., 10. Questa posizione è sposata anche da un altro oppositore della restrizione dell'*hate speech*, ossia James Weinstein che riprende l'argomento della *political legitimacy* proprio per come espresso da Dworkin, difendendolo da una serie di critiche, in particolare quelle mosse da Alexander Brown e Jeremy Waldron, i quali sostengono il concetto della gradualità della legittimazione politica che la libertà di espressione nel dibattito pubblico contribuisce a conferire. In particolare; Brown osserva che la legittimità politica ha un valore importante ma non assoluto e deve essere sempre ricondotta ad un confronto, si potrebbe dire un bilanciamento, con altri beni e valori, tra i quali la c.d. *civic dignity*, l'assicurazione della quale a tutti i cittadini, anche e soprattutto ai membri delle minoranze, secondo l'Autore, è una componente costitutiva della legittimazione politica. Quindi anche l'argomentazione di Brown a favore della limitazione della libertà di espressione si radica nel tema della *political legitimacy*. Si veda A. BROWN, *Hate speech law: a philosophical examination*, Routledge, 2015, 204 s.

La posizione di Waldron è simile: si può accettare che le regolamentazioni dell'*hate speech* riducano in un certo grado la legittimità politica di quelle che Dworkin definisce *downstream laws*, tuttavia l'Autore

controintuitivamente bisognosa di limiti, non tollera eccezioni che dipendano dal contenuto dell'espressione, altrimenti si ridurrebbe a protezione solo delle idee approvate dai governanti²⁸⁸.

James Weinstein aderisce pienamente a questa impostazione e ne sviluppa l'applicazione alle c.d. *upstream laws*, ossia alle limitazioni alla libertà di espressione che incidono sulla legittimità democratica delle *downstream laws*, cioè delle norme che sanzionano comportamenti discriminatori. Il suo caso di studio riguarda il discorso "*critical of homosexuality*"²⁸⁹. Weinstein riconosce che le leggi che vietano l'*homophobic hate speech* non impediscono ai cittadini contrari alla tutela antidiscriminatoria delle persone omosessuali di opporsi alle politiche pubbliche, ma vietano loro di articolare pubblicamente le ragioni ritenute alla base della loro opposizione, come la presunta immoralità della condotta omosessuale o l'idea che essa costituisca una patologia mentale. Sebbene tali affermazioni siano considerate dalla maggioranza come ripugnanti e infondate, limitarne l'espressione determina, secondo Weinstein, un grave problema di legittimità politica delle leggi che vietano la discriminazione concreta, poiché impedisce ai cittadini dissenzienti di partecipare al processo deliberativo su un piano di uguaglianza. Mentre i sostenitori delle misure antidiscriminatorie possono esprimere le proprie opinioni liberamente, coloro che vi si oppongono sono esclusi dalla discussione pubblica²⁹⁰.

Weinstein prende in considerazione anche l'argomento secondo il quale il discorso d'odio produca un *silencing effect* sui membri delle minoranze, ostacolandone la piena partecipazione al dibattito pubblico²⁹¹. Egli manifesta scetticismo verso questa tesi,

ritiene che sostenere che esse facciano addirittura venire meno l'obbligo morale di obbedire alle leggi antidiscriminatorie rappresenti un caso di estremizzazione di un argomento fino all'assurdo, considerando anche che lo stesso Dworkin aveva precedentemente definito la political legitimacy com "not an all-or-nothing matter". J. WALDRON, *The harm in Hate Speech*, 221.s.

²⁸⁸ R. DWORKIN, *Foreward*, cit., 11.

²⁸⁹ J. WEINSTEIN, *Hate speech bans, Democracy, and Political Legitimacy* in (2017). *Constitutional Commentary*. 465, 542.

²⁹⁰ J. WEINSTEIN, *Hate speech bans, Democracy, and Political Legitimacy*, cit., 563.

²⁹¹ Il *silencing effect* come conseguenza dannosa prodotta dall'*hate speech* è il *topòs* classico delle argomentazioni dei fautori di regolamentazioni contro i discorsi d'odio: si vedano C.R. LAWRENCE, '*If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*', in *Duke Law Journal* 1990: 431-483, 452: "When racial insults are hurled at minorities, the response may be silence or flight rather than a fight, but the pre-emptive effect on further speech is just as complete as with fighting words. Women

osservando che non è stato adeguatamente provato che l'*hate speech* limiti effettivamente la capacità delle minoranze di esprimersi. Ma anche qualora questa conseguenza fosse dimostrata, egli ritiene problematico il principio secondo cui sarebbe giustificato «tacitare A, perché B possa parlare», poiché non appare chiaro perché l'alienazione e il senso di esclusione delle minoranze debbano essere considerati più urgenti della mancanza di identificazione dei gruppi maggioritari esclusi dal discorso pubblico a causa delle leggi restrittive²⁹².

Il terzo contributo esaminato è quello di Robert Post, uno dei più influenti teorici del Primo Emendamento. Post non cerca una definizione unitaria della libertà di espressione, sostenendo che il significato del Primo Emendamento varia a seconda del contesto sociale in cui opera. Per sistematizzare tale pluralità, egli introduce la teoria dei *constitutional domains*, o “*forms of social order*”, tre sfere normative nelle quali si sviluppano attività sociali differenti che richiedono regimi regolatori diversi: *community, democracy, e management*²⁹³.

La *community* è il dominio in cui l'identità individuale si forma attraverso l'interazione con gli altri membri del gruppo. Essa instilla norme comuni (*common norms*), che vengono interiorizzate dagli individui e che regolano comportamenti e valori condivisi. Tali norme possono essere protette mediante sanzioni legali o sociali, quali la censura morale o l'ostracismo²⁹⁴.

and minorities often report that they find themselves speechless in the face of discriminatory verbal attacks”.; K. GELBER, *Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy (with a Focus on Australia)*, in M. HERZ, P. MOLNAR, *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*. Cambridge University Press., p. 236: “the harms (of hate speech) would ordinarily act to deter or perhaps even prevent a targeted person or community or their supporters from responding to the hate speech with (unsupported) counterspeech”.

²⁹² J. WEINSTEIN, *Hate speech bans, Democracy, and Political Legitimacy*, cit., 580: “The view that bigots can be forbidden by force of law from expressing their views, which will, if the law has any effect at all, undoubtedly have a “silencing effect” on them, to avoid the possibility that some unspecified “proportion of the individuals targeted by [the] hate speech” might be deterred from speaking is simply impossible to square with the basic premise underlying participatory democracy that all citizens should have the equal opportunity to engage in the formation of public opinion regardless of the viewpoint they want to express.”

²⁹³ L. LESSIG, *Post Constitutionalism*, in *Michigan Law Review*, 1996, 1422-1470, 1425.

²⁹⁴ R. POST, *Interview*, in M. HERZ, P. MOLNAR, eds. *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*. Cambridge University Press, 2012, 39.

La *democracy* rappresenta invece il dominio della *self-determination* collettiva, lo spazio in cui gli individui partecipano alla definizione delle regole che governano la collettività. Secondo Post, la *self-determination* collettiva si realizza quando, attraverso la partecipazione al discorso pubblico, i cittadini di uno Stato giungono a riconoscersi nelle azioni e decisioni del proprio governo, conciliandosi così la volontà dei singoli, con quella della collettività²⁹⁵.

Il terzo dominio è il *management*, in cui un individuo diventa il mezzo per il raggiungimento dello scopo prefissato da qualcun altro e nello specifico Post si concentra sul ruolo dello Stato come manager, come l'entità che ha in questa sede il maggior margine di discrezionalità per imporre regole e limitazioni all'individuo, ossia dove esso «organizza la vita sociale in maniera strumentale per raggiungere specifici obiettivi»²⁹⁶.

Il rapporto tra questa teoria e l'*hate speech* prende le mosse dal dominio della *community*. Ogni comunità sviluppa proprie *civility rules*, radicate nella storia, nelle tradizioni e nei valori condivisi dei suoi membri. Tuttavia, quando gli individui escono dalla loro comunità e partecipano allo spazio pubblico, devono confrontarsi con molteplici comunità portatrici di norme diverse e talvolta confliggenti²⁹⁷.

Nello spazio pubblico non è possibile imporre le *civility rules* di una comunità particolare a tutti gli altri partecipanti, pena la compromissione della neutralità necessaria al discorso democratico. Nello spazio comune gioca un ruolo fondamentale il discorso pubblico, ossia «quelle forme di comunicazione, percepite come necessarie per la formazione dell'opinione pubblica», processo che deve essere lasciato libero da interferenze e regolamentazioni, in modo tale da rispettare l'autonomia e l'autodeterminazione di ognuno²⁹⁸. Secondo Post, la dottrina del Primo Emendamento

²⁹⁵ R. POST, *Constitutional Domains. Democracy, Community, Management*, Harvard University Press, 1995, 330.

²⁹⁶ S. HEYMAN, *Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment*, in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 230-231.

²⁹⁷ R. POST *Interview*, in *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*. Cambridge University Press, 2012, 39: l'Autore offre l'esempio di Chicago nei cui quartieri coesistono comunità molto distanti per origine nazionale, etnica o religione.

²⁹⁸ R. POST *Interview*, cit., 35; sul punto si veda anche R. POST, *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*, in 64 *U. Colo. L. Rev.*, 1993, *passim*.

si è evoluta per garantire che nessuna comunità possa estendere le proprie norme identitarie allo spazio pubblico. Il Primo Emendamento tutela così non solo un *marketplace of ideas*, ma anche un *marketplace of communities*, impedendo allo Stato di favorire una particolare visione sociale o morale²⁹⁹. Esso proibirà tipicamente alla legge di imporre le *community norms* di una comunità ad un'altra anche se le norme dell'una dovessero considerarsi offensive per l'altra³⁰⁰.

La società statunitense, caratterizzata da un mosaico di comunità dotate di patrimoni valoriali eterogenei, non può identificare una nozione univoca di *hate speech*. Per questa ragione, “saggiamente”, secondo Post, la Corte Suprema ha stabilito che nessuna *norma di civiltà* possa essere imposta allo spazio del discorso pubblico³⁰¹.

Ciò non implica, tuttavia, che l'ordinamento statunitense cada in un assoluto relativismo. Post precisa che i diversi ambiti dell'azione sociale (*domains*) perseguono finalità differenti e perciò ammettono diversi gradi di compressione della libertà di espressione. Se il *domain of democracy*, e con esso il discorso pubblico, godono della massima protezione possibile in virtù del loro ruolo nella *democratic self-governance*, non altrettanto accade nei domini manageriali³⁰². Questi ultimi rientrano nella sfera pubblica, ma sono costituiti per realizzare scopi determinati, una volta identificata la funzione dell'istituzione, essa può regolamentare la condotta, inclusa quella espressiva, dei soggetti che operano al suo interno, nella misura necessaria a conseguire tale finalità³⁰³.

Il contrasto con il discorso pubblico è evidente: mentre il dominio manageriale tende al raggiungimento dei propri obiettivi funzionali, il discorso pubblico mira a definire

²⁹⁹ R. POST *Interview*, cit., 40.

³⁰⁰ Principio stabilito anche dalla Corte Suprema nel caso *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) in materia di libertà religiosa, in cui la Corte annullò la condanna per un testimone di Geova che praticava attività di proselitismo senza un permesso. Post fa proprio riferimento alla neutralità religiosa e alla *Establishment clause* per chiarire le posizioni appena descritte e le argomentazioni sulla inopportunità di perseguire il discorso d'odio.

³⁰¹ *Cohen v. California*, 403 U.S., 15, 25 (1971): “one man’s vulgarity, is another’s lyric”; *Winters v. New York* 333 U.S. 507, 510 (1948): “one man’s amusement teaches another’s doctrine”.

³⁰² Sul punto si veda anche C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo ad una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013, 83.

³⁰³ R. POST, *Between governance and Management: the history of the public forum* in 34 *UCLA L. Rev.* 1713, 1987.

quali debbano essere gli scopi dell'intera collettività. Di conseguenza, «se lo Stato proibisse l'espressione di una particolare idea, il governo diventerebbe rispetto ad essa eteronomo e non democratico»³⁰⁴, pertanto anche il discorso d'odio deve essere libero da regolamentazione nel discorso pubblico.

L'approccio di Post, tuttavia, non è stato immune da critiche. Steven Heyman muove una critica incisiva, sostenendo che Post non coglie la natura profonda dell'*hate speech*, il quale, proprio in ragione delle sue conseguenze, risulta incompatibile con il rispetto dell'autodeterminazione democratica degli individui. Tale discorso nega infatti alle sue vittime lo status di eguali membri della società e compromette la loro autonomia morale; in una società che lasci circolare senza restrizioni questo tipo di espressioni, non potrà realizzarsi quella democrazia descritta da Post come un insieme di «*independent citizens deliberating together to form public opinion*», fondato sul reciproco riconoscimento e sulla pari dignità.

Un'altra critica di Heyman si concentra sulla concezione di Post della distinzione tra *community* come il luogo in cui si guarda all'identità dell'individuo quale prodotta dalle *social norms* di quella specifica comunità, e *democracy* come il luogo in cui gli individui sono concepiti come attori capaci di definire la propria identità autonomamente, autodeterminandosi attraverso lo scambio di idee e opinioni: in particolare, Heyman critica il fatto che Post ritenga il rispetto della dignità e umanità altrui come una contingente e particolaristica norma che può essere presente in una comunità così come assente in un'altra; secondo Heyman invece il reciproco rispetto è una caratteristica essenziale senza la quale non si può dire che un gruppo di individui costituisca una comunità, per cui imporre attraverso la Legge il rispetto di questi valori non significa affatto venire meno alla neutralità dello Stato³⁰⁵.

³⁰⁴ S. HEYMAN, *Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment*, in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 231.

³⁰⁵ S. HEYMAN, *Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment*, in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 233 ss.

3.2. Il Principio di Autonomia individuale e la punizione dell'*hate speech*

Un argomento particolarmente incisivo contro l'introduzione di leggi limitative della libertà di manifestazione del pensiero si fonda sul necessario rispetto dell'autonomia individuale. Tra i principali sostenitori di tale prospettiva figura il costituzionalista Edwin Baker, cui si deve una celebre formulazione del principio di autonomia, secondo la quale il rispetto dell'integrità della persona implica riconoscerle il diritto di utilizzare la parola per sviluppare la propria identità o per interagire con gli altri secondo i propri valori e convincimenti³⁰⁶. Baker ritiene che esista un nesso diretto tra rispetto dell'autonomia e legittimità dello Stato, espresso in due affermazioni: in primo luogo, la legittimità statale si fonda sull'eguaglianza e autonomia degli individui; in secondo luogo, lo Stato rispetta tale autonomia solo se permette alle persone di esprimere i propri ideali *«no matter what these values are and irrespective of how this expressive content harms or leads to harms of other people or makes government processes or achieving governmental aims difficult»*³⁰⁷.

Baker distingue tra autonomia formale e autonomia sostanziale. La prima coincide con la libertà da interferenze governative nella propria espressione, ed è il fondamento della *legal legitimacy*: *«The state cannot coherently ask a person to obey its laws unless it treats the person as capable of making choices for herself, for example, the choice to obey the law»*³⁰⁸. L'autonomia formale, in quanto mera non interferenza, non entra mai in conflitto con l'analogo diritto degli altri. L'autonomia sostanziale, invece, è un valore che lo Stato democratico ha il compito di promuovere attivamente, garantendo a ciascun individuo la possibilità di condurre la migliore, più significativa e autodiretta vita possibile. Tale promozione richiede inevitabili scelte dello Stato di politiche e allocazione delle risorse, e inevitabilmente esso si troverà a favorire la promozione dell'autonomia sostanziale di certe persone, a discapito di quella di altre.

³⁰⁶ C.E. BAKER, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, 1989, 59.

³⁰⁷ C.E. BAKER, *Hate Speech*, in *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*. Cambridge University Press, 2012, 86.

³⁰⁸ C.E. BAKER, *Autonomy and Hate Speech*, in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 202.

Tuttavia, lo Stato deve perseguire i propri *policy goals* senza violare l'autonomia formale degli individui, compresa la libertà di espressione, pena la compromissione della sua stessa legittimità.

In questo quadro si inserisce il tema dell'*hate speech*. Esso esprime una visione del mondo e valori che non riconoscono l'uguaglianza o la dignità altrui, ma ciò non consente allo Stato di intervenire limitandolo. Qualsiasi restrizione legislativa violerebbe infatti l'autonomia formale di chi parla, mettendo in discussione la legittimazione democratica dello Stato, mentre, per quanto dannoso, l'*hate speech* non limita l'autonomia formale dei destinatari, al netto della gravità dei danni che esso può provocare.

Pur essendo teorico di una protezione quasi assoluta del *free speech*, Baker ammette eccezioni. Con rammarico osserva che la tutela del Primo Emendamento non è stata storicamente così eccezionale come spesso narrato, ma riconosce la legittimità, in circostanze specifiche, di limitazioni dell'espressione, incluso l'*hate speech*. Tali eccezioni, come il divieto del discorso d'odio, sono da considerarsi accettabili solo in limitati contesti istituzionali dove chi parla non può avanzare alcuna pretesa di agire "autonomamente": l'esempio è quello di un impiegato che debba temporaneamente rinunciare al proprio diritto di agire secondo le proprie convinzioni e idee per svolgere le mansioni per cui è stato assunto³⁰⁹, analogamente a quanto previsto nella teoria dei domini manageriali di Robert Post.

Un secondo profilo della riflessione di Baker concerne la relazione tra *hate speech* e *democratic self-government*. La teoria classica di Alexander Meiklejohn sostiene che la libertà di pensiero sia necessaria per la partecipazione democratica, ma che possano essere repressi quei discorsi che non contribuiscono al dibattito pubblico e negano la premessa della democrazia, ossia l'uguaglianza nella partecipazione al *self government*. Baker giudica tale impostazione fallace, come dimostrato dalla storia del *free speech* americano³¹⁰. Apprezza invece la diversa formulazione proposta da Robert

³⁰⁹ C.E. BAKER, *Autonomy and Hate Speech*, in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 200.

³¹⁰ C.E. BAKER, *Hate Speech*, in *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*. Cambridge University Press, 2012, 88; l'Autore fa riferimento ad una serie di sentenze della

Post e James Weinstein, secondo cui la democrazia americana presuppone che le persone formino autonomamente le proprie opinioni politiche grazie all'ascolto anche di idee antidemocratiche. Tuttavia, egli osserva che tale concezione non è affatto consolidata, come dimostrato dalle legislazioni che hanno punito *l'hate speech*, per quanto poi invalidate dalle Corti³¹¹.

Anche la posizione di Baker è stata oggetto di critiche, tra cui spicca quella articolata da Jeremy Waldron, che individua due punti fondamentali. In primo luogo, Waldron osserva che, nonostante “il potere e l'eleganza” della teoria di Baker, i gravi danni prodotti dall'*hate speech* non vengono meno e sono tali da dover essere presi in considerazione³¹². Con riguardo al rapporto tra discorso d'odio e autonoma autorappresentazione dei propri valori, egli rifiuta la qualificazione bakeriana della condotta espressiva come mera *self-disclosure*³¹³. Secondo Waldron, la parola non è mai puramente espressiva, ma può essere direttamente utilizzata per “ferire o terrorizzare”. Baker tenta di distinguere il nucleo autorappresentativo dell'espressione dagli effetti dannosi, considerati da lui come esiti strumentali separati. Al contrario, Waldron sostiene che tale distinzione collassi completamente nel caso dell'*hate speech*: esso è sin dalla sua origine formulato per colpire la dignità, intesa come *status sociale*, e la sicurezza delle vittime. Pertanto, non esiste una forma di discorso d'odio che sia mera autoespressione e che non produca i danni pubblici descritti, poiché l'offesa e la degradazione sono insiti nel contenuto stesso del messaggio³¹⁴.

In secondo luogo, Waldron contesta l'affermazione secondo cui gran parte dei danni prodotti dall'*hate speech* sarebbe mediata da processi mentali autonomi dell'ascoltatore³¹⁵. Per chiarire questa critica, Waldron utilizza il celebre esempio milliano: un individuo, davanti alla casa di un mercante di grano, afferma a una folla affamata che i mercanti lasciano morire i poveri, provocando l'incendio della casa.

Corte suprema come *Dennis v. United States* 341 U.S. 494 (1951), in cui il giudice Frankfurter affermò che “communist speech ranked low on any scale of values.” e pertanto poteva essere limitato.

³¹¹ *Ibidem*, 90

³¹² J. WALDRON, *The harm in Hate Speech*, cit., 198.

³¹³ C.E. BAKER, *Harm, Liberty, and Free Speech*, in *70 S. Cal. L. Rev.* 979 (1996-1997), 990-991.

³¹⁴ J. WALDRON, *The harm in Hate Speech*, cit., 200.

³¹⁵ *Ibidem*, 201

Secondo Baker, non è la parola ad aver incendiato la casa: essa ha semplicemente raggiunto le menti dei membri della folla, che autonomamente hanno deciso di agire. La legge può punire solo quest'ultimo passaggio, non l'affermazione fatta in precedenza³¹⁶. Waldron rigetta questa impostazione, sostenendo che, nel caso dell'*hate speech*, l'offesa alla dignità e la minaccia alla sicurezza non sono il risultato di un processo decisionale autonomo, bensì effetti immediati e strutturali della comunicazione.

Questa ricostruzione di Baker si ispira alla tradizionale dottrina del Primo Emendamento, in particolare al *Clear and Present Danger Test* elaborato dal giudice Holmes, secondo cui solo un pericolo concreto e imminente giustifica la limitazione della parola³¹⁷.

La conclusione dell'analisi dei principali argomenti favorevoli e contrari all'introduzione di leggi restrittive della libertà di espressione rivela un senso di inevitabile incompletezza. Nessuna argomentazione appare del tutto adeguata e le critiche rivolte a ciascuna sono solide e meritevoli di considerazione. La problematicità della questione dipende dal fatto che la discussione sull'*hate speech* si radica in valutazioni empiriche e speculative di difficile definizione: è possibile misurare con sufficiente precisione i danni psicologici evocati dalla *Critical Race Theory*? È possibile stimare la probabilità media che un discorso d'odio generi violenza? Tali interrogativi sfuggono a risposte definitive.

In modo suggestivo, Alon Harel individua la fonte dell'inesauribile complessità del tema nel disaccordo di fondo sulla natura degli esseri umani e sul limite oltre il quale

³¹⁶ C.E. BAKER, *Harm, Liberty, and Free Speech*, in 70 *S. Cal. L. Rev.* 979 (1996-1997), 991-992: "A speaker's racial epithet [...] harms the hearer only through her understanding of the message. The harm occurs because the speech expresses (or, at least, is understood to express) the speaker's values and visions; and it occurs only to the extent that the hearer (mentally) responds one way rather than another, for example, as a victim rather than as a critic "of the speaker. Despite the predictable and understandable occurrence of serious harm, the possibility always exists for a hearer to use the available information in creating or maintaining an affirmative identity. The racist [...] is a louse, a contemptible threat to decent people.

³¹⁷ Due giudici della Corte Suprema, esponenti di una concezione *absolutist* del Primo Emendamento, Black e Douglas, espressero una posizione del tutto simile a quella di Baker, il quale, come già affermata si dice apertamente un fautore di un'applicazione quasi assoluta del Primo Emendamento.

non si ritiene che possano resistere alle pressioni sociali senza che sia necessario un intervento giuridico volto a preservarne la dignità³¹⁸.

4. Osservazioni conclusive

In questa prima parte si è fatto un quadro delle argomentazioni di coloro che difendono la libertà di manifestazione del pensiero dalle regolamentazioni dei discorsi d'odio sulla base dei tradizionali argomenti legati alla duplice concezione di essa; quella *funzionalistica*, che ne esalta il ruolo vitale per il sistema democratico in quanto strumento imprescindibile per lo svolgimento del dibattito pubblico, inteso come “spazio” in cui la collettività, attraverso lo scambio di idee e informazioni, assume le decisioni per realizzare il proprio *self-governement*, e quella individualistica, che vede in tale libertà l'estrinsecazione dell'autonomia del singolo, intesa come la possibilità di utilizzare la parola per sviluppare la propria identità o per influenzare o interagire con gli altri in una maniera che corrisponda ai suoi valori e convincimenti.

D'altra parte, sono numerose e necessitano di essere considerate anche le argomentazioni di chi invece invoca tali regolamentazioni, provenienti soprattutto dalla teorie giuridiche post-moderne come la *Critical race theory*, che auspicano ad un superamento di una sorta di “ipocrisia” liberale, di *race blindness* e chiedono che si confronti la libertà di espressione anche nella sua dimensione di strumento per la perpetuazione di schemi oppressivi realizzati da gruppi storicamente dominanti e maggioritari nei confronti di minoranze, altrettanto storicamente oppresse, sottolineando come la visione esclusivamente “gloriosa” di tale libertà sia frutto della «tendenza autoritaria ed etnocentrica di considerare i valori di un determinato popolo e di una specifica esperienza storica valori universali»³¹⁹.

³¹⁸ A. HAREL, *Hate Speech* in A. STONE, F. SCHAUER, *Oxford Handbobot of Freedom of Speech*, Oxford University Press, 2021, 477-478; 497.

³¹⁹ C. CARUSO, *Dignità degli altri e spazi di libertà degli intolleranti. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, cit., 796.

Nel prosieguo si cercherà attraverso la comparazione di osservare come gli ordinamenti giuridici a livello sovranazionale e nazionale abbiano affrontato la sfida derivante dalla necessità di conciliare le opposte esigenze sopra delineate sia sul piano della costruzione di fattispecie incriminatrici che siano efficaci nel raggiungere gli obiettivi di tutela prefissati e al contempo proporzionate e non carenti sul piano dell'offensività, sia sul piano dell'applicazione giurisprudenziale di queste attraverso il test del bilanciamento, assunto ormai da diversi anni, insieme al principio di proporzionalità che ne costituisce il fondamento, a concetto chiave del costituzionalismo globale.

Sezione seconda

La disciplina penale in tema di discorso d'odio e di negazionismo negli ordinamenti europei. Una prospettiva comparatistica.

1. Discorsi d'odio e negazionismo nel sistema di tutela dei diritti umani dell'Europa sovranazionale

La progressiva erosione del ruolo dello Stato quale esclusivo garante dei diritti umani ha favorito l'affermazione di sistemi sovranazionali che hanno dato vita a un quadro di protezione "multilivello", volto all'omogeneizzazione degli standard oltre i confini nazionali. Anche il livello universale di tutela, segnato da strumenti programmatici e di ridotta effettività, tende a essere sovrastato dalla «più compiuta effettività degli strumenti di protezione a dimensione regionale rispetto a quelli a dimensione universale»³²⁰.

In Europa tale protezione si articola in due sistemi: la "grande" Europa riconducibile al Consiglio d'Europa e la "piccola" Europa rappresentata dall'Unione Europea. Il Consiglio d'Europa, istituito nel 1949 e oggi composto da 46 Stati membri, mirava sin dall'origine a «preservare e dare concreta attuazione» ai valori comuni, tra cui la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo³²¹. Nel 1950 fu adottata dagli allora 13 Stati membri la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), entrata in vigore nel 1953 e divenuta lo strumento principale di tale sistema. A differenza del modello internazionale tradizionale, la CEDU ha istituito un organo giurisdizionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), cui possono rivolgersi, oltre agli Stati, anche ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa, ogni gruppo di privati che lamenti una violazione convenzionale³²², purché siano stati previamente esauriti i

³²⁰ A. DI STASI, *Introduzione alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2022, 1 ss.

³²¹ Queste le parole contenute nello Statuto del Consiglio d'Europa all'articolo 1, lett. A).

³²² CEDU, Art. 34

rimedi interni, nel rispetto della funzione sussidiaria della Corte³²³. Accanto alla Corte opera il Comitato dei Ministri³²⁴, organo politico incaricato di monitorare l'esecuzione delle sue sentenze³²⁵.

La “piccola” Europa è rappresentata dall'Unione Europea, nata con finalità economico-commerciali anche se lo scopo più ampio che si voleva raggiungere era una garanzia di pace nel Continente. La tutela dei diritti fondamentali non costituì quindi obiettivo primario del processo d'integrazione³²⁶: il suo radicamento nell'ordinamento comunitario fu promosso dalla Corte di Giustizia dell'UE (Corte GUE), che dalla fine degli anni Sessanta riconobbe tali diritti come principi generali del diritto comunitario, ricavati dalle tradizioni costituzionali comuni e dagli strumenti internazionali ratificati dagli Stati membri, tra cui la CEDU come interpretata dalla Corte EDU. Sebbene l'Unione non abbia ancora formalmente aderito alla CEDU, l'art. 6, secondo comma, del Trattato di Lisbona ha predisposto le basi legali per tale adesione; il terzo comma dello stesso articolo stabilisce che i diritti garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»³²⁷.

Le due Corti presentano differenze marcate. La Corte EDU opera in posizione di sussidiarietà, svolgendo un *effet correcteur*, volto a evidenziare lacune nelle tutele

³²³ CEDU, Art. 35

³²⁴ Un altro organo del Consiglio d'Europa che ha cessato di esistere nel 1988 a seguito dell'entrata in vigore del protocollo n. 11 alla Convenzione è la Commissione europea dei diritti dell'Uomo. Essa svolgeva le proprie funzioni nell'ambito della procedura dell'epoca per la presentazione di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'Uomo: in particolare, una volta averne valutata l'ammissibilità, avviava un tentativo di conciliazione tra le parti per giungere ad una soluzione amichevole. Tale procedura veniva conclusa dalla Commissione con un rapporto in cui nel caso in cui la conciliazione avesse avuto esito positivo, si dava conto del raggiungimento di un accordo senza entrare nel merito della controversia; in caso contrario, la Commissione inseriva in esso un parere giuridico non vincolante sulla questione, per poi trasferirla al Comitato dei Ministri.

³²⁵ CEDU, art. 46

³²⁶ U. BELAVUSAU, *Fighting hate speech through EU Law in Amsterdam Law Forum*, 2012, 22: «The status of fundamental rights in EU Law was somewhat uncertain for a time because the Community was initially established to pursue the goal of economic integration and this did not necessarily presuppose a separate human rights policy. The situation was complicated by the fact that on the European level there are at least two systems of human rights observance with separate dispute resolution mechanisms, namely, national constitutional and other high courts at the level of states, and the European Court of Human Rights at the level of the Council of Europe»

³²⁷ Si veda C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Torino, 2014, 130 s. per un approfondimento sul tema dei sistemi regionali europei di tutela dei diritti umani.

nazionali, e un *effet incitatif*, di stimolo al loro miglioramento. La Corte GUE, invece, forte del principio di primato del diritto dell'Unione, offre una tutela dei diritti «filtrata dai principi del diritto comunitario», che ha attraversato un graduale processo di ampliamento nella sfera delle libertà fondamentali³²⁸.

Dopo questa sintetica presentazione dei due sistemi di tutela, la trattazione si concentra sulla libertà di espressione in relazione ai discorsi d'odio e al negazionismo. Mentre la Corte EDU ha sviluppato una giurisprudenza ricchissima sul tema, quella della Corte GUE è più limitata, sebbene non manchi di decisioni su casi di *hate speech* razziale e omofobico nel contesto lavorativo. Entrambi i sistemi hanno comunque adottato strumenti normativi mirati alla lotta contro la discriminazione razziale e il fenomeno negazionista.

2. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di *hate speech*: tra bilanciamento, principio di proporzionalità e clausola di abuso del diritto

2.1. La libertà di espressione nel sistema convenzionale: l'art 10 della CEDU

La libertà di espressione, sancita dall'articolo 10 CEDU, è formulata in termini ampi, tutelando sia la libertà di esprimere opinioni sia quella di comunicare e ricevere informazioni. La Convenzione protegge dunque diverse libertà di espressione³²⁹, riconoscendone tanto la dimensione individuale quanto la funzione essenziale nel garantire il libero scambio di idee in una società democratica³³⁰.

³²⁸ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, 138.; Sulla duplice funzione della Corte EDU si veda G.F. FERRARI, *Le libertà e i diritti: categorie concettuali e strumenti di garanzia*, in P. CARROZZA, A DI GIOVINE, G. F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, 1058-1062

³²⁹ JEAN-FRANCOIS FLAUSS, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in 84 *Indiana. Law Journal*, 2009, 809-850, 810.

³³⁰ P. TANZARELLA, *Discriminare parlando*, cit., 87.

La giurisprudenza della Corte EDU ha enfatizzato questo rapporto privilegiato tra libertà di espressione e società democratica, attribuendo, com'è stato precedentemente osservato, un ruolo centrale ai giornalisti quali cani da guardia (*vital public-watchdog role*) della democrazia, fissando elevati standard di protezione per le fonti giornalistiche e disincentivando l'uso della pena detentiva nei casi di diffamazione, a causa del *chilling effect* che essa determinerebbe sull'esercizio della funzione informativa³³¹. In questa stessa prospettiva, la critica politica riceve una tutela particolarmente ampia: i politici devono tollerare un grado più elevato di scrutinio, mentre il margine di apprezzamento statale nel limitarla deve intendersi più ristretto, dato il ruolo della critica quale nucleo della vita democratica³³².

La Corte ricomprende nell'articolo 10 anche la libertà di espressione artistica, parte dello scambio di idee, e la satira, i cui limiti sono ritenuti in dottrina e giurisprudenza meno stringenti rispetto a quelli della cronaca e della critica, poiché essa mira a «mettere in ridicolo gruppi di potere con toni volutamente provocatori»³³³, senza l'obbligo di una rappresentazione oggettiva dei fatti.

Malgrado l'ampiezza di questa garanzia, la libertà di espressione resta un diritto “condizionato”³³⁴: il secondo paragrafo dell'articolo 10 stabilisce che il suo esercizio comporta doveri e responsabilità e può essere limitato quando ciò sia previsto dalla legge e “necessario in una società democratica” per finalità quali la prevenzione del

³³¹ Sia concesso rinviare al cap. II del presente elaborato.

³³² Sentenza *Lingens v. Austria*, 8 luglio 1986, No. 9815/82.

³³³ P. TANZARELLA, *Discriminare parlando*, cit., 88. Si veda anche il caso *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, 25 gennaio 2007, No. 68354/01, §26: “The Court reiterates that freedom of expression, as secured in paragraph 1 of Article 10, constitutes one of the essential foundations of a democratic society, indeed one of the basic conditions for its progress and for the self-fulfilment of the individual. Subject to paragraph 2, it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any section of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. Those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society”.

³³⁴ L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: gli altri diritti di libertà (artt. 8-II CEDU)*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 282 s.

disordine, la protezione della salute o della morale, della reputazione o dei diritti altrui, o per salvaguardare l'autorità giudiziaria³³⁵.

Questa *necessity clause*³³⁶, presente anche negli articoli 8, 9 e 11 in materia, rispettivamente, di diritto al rispetto della vita privata e familiare, libertà di pensiero, coscienza e religione e di libertà di riunione e associazione, richiede che ogni restrizione soddisfi tre condizioni: deve essere prescritta dalla legge, perseguire un fine legittimo ed essere necessaria in una società democratica. Riguardo la prima condizione, per *law* si intende tanto una norma scritta (*statute*) quanto una regola giurisprudenziale (*unwritten law*), purché accessibile e sufficientemente prevedibile, così da permettere al consociato di comprendere quali conseguenze possa comportare la propria condotta (criterio della *foreseeability*)³³⁷.

Più complessa è la definizione dei fini legittimi, circoscritti a quelli tassativamente elencati nell'articolo 10, paragrafo 2³³⁸, e del requisito di necessità. Quest'ultimo è stato affrontato nella sentenza *Handyside v. UK*, dove la Corte ha affermato che “necessario” non equivale a “indispensabile” né ad espressioni più duttili come “ammissibile”, “utile”, “ragionevole” o “desiderabile”, ma implica l'esistenza di un

³³⁵ CEDU, articolo 10, §2.

³³⁶ A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality balancing and global constitutionalism*, in 47 *Columbia L. J. of Transnational Law*, 2008-2009, 146.

³³⁷ *The Sunday Times v. UK*, 26 aprile 1979, No. 6538/74, §§47-48.

³³⁸ Tassativamente in quanto l'articolo 18 della CEDU fa divieto agli Stati di porre limitazione per scopi diversi da quelli ivi prescritti. Particolarmente problematico si è rivelato il valore della morale; nella sentenza *Handyside v. UK*, la Corte riconobbe l'impossibilità di individuare nella legislazione nazionale dei vari Stati membri un unico concetto condiviso di morale e concluse che gli Stati si trovavano dunque nella posizione migliore per determinare l'esatto significato di essa, rispetto al giudice europeo. *Handyside v. UK*, 7 dicembre 1976, No. 5493/72, § 48. Sul punto si veda anche, I SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, 141.

“bisogno sociale impellente”³³⁹. La valutazione è svolta dalla Corte EDU tramite un bilanciamento tra interessi confliggenti, guidato dal principio di proporzionalità³⁴⁰.

Con specifico riguardo al principio interpretativo che ne guida l’applicazione nella delicata materia oggetto di studio, occorre richiamare alcune celebri asserzioni dei giudici di Strasburgo. La Corte, invero, ha stabilito che la libertà di espressione costituisce una delle fondamenta essenziali di una società democratica e che la sua protezione riguarda non solo informazioni o idee ben accolte, ma anche quelle che «offendono, scioccano o disturbano», poiché pluralismo, tolleranza e apertura costituiscono presupposti necessari della democrazia³⁴¹. Tuttavia, la stessa Corte riconosce che, in una società democratica e pluralista, anche la tolleranza e il rispetto della pari dignità di tutti gli esseri umani rappresentano valori fondamentali. Pertanto, può rendersi necessario sanzionare o prevenire forme di espressione che diffondano, incitino o giustifichino l’odio basato sull’intolleranza, sempre nel rispetto del secondo paragrafo dell’art. 10 CEDU³⁴².

Coerentemente con tale impostazione, la giurisprudenza della Corte EDU in materia di *hate speech* ha costruito un orientamento verso un approccio meno garantista rispetto al quadro generale di ampia tutela della libertà di espressione, lasciando emergere la necessità di un bilanciamento che, in questi casi, tende a privilegiare la

³³⁹ La Corte sottolineò ancora una volta che spettava alle autorità nazionali il compito di effettuare le prime valutazioni su cosa debba intendersi per un bisogno sociale impellente, rimettendosi al margine di apprezzamento degli Stati: il riferimento è alla discrezionalità lasciata agli Stati nel realizzare il primo bilanciamento tra la libertà di espressione e gli interessi fondanti le limitazioni ad essa imposta. *Handyside v. UK*, 7 dicembre 1976, No. 5493/72, § 49. Sul punto si veda A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality balancing and global constitutionalism*, in *47 Columbia L. J. of Transnational Law*, 2008-2009, 148. In generale, sulla dottrina del margine di apprezzamento, v. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1999, 750, 754 ss.

³⁴⁰ G. SCACCIA, *Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of European Courts*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo*, 2019, 2.

³⁴¹ *Handyside v. UK*, 7 dicembre 1976, No. 5493/72, § 49.

³⁴² *Erbakan v. Turkey*, 6 luglio 2006, No. 59405/00, §56. In questa dialettica emerge la natura ambivalente della tolleranza, efficacemente espressa nel c.d. “paradosso della tolleranza” di Karl Popper e Norberto Bobbio: se una società tollerante non si difende dagli intolleranti, rischia di essere distrutta insieme alla tolleranza stessa; di conseguenza, “noi dovremmo proclamare in nome della tolleranza, il diritto di non tollerare gli intolleranti. V. K.R. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 2004, 346. Sul punto si veda anche I Spigno, *Discorsi d’odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., 475 e A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 98 s.

salvaguardia della dignità e dell'uguaglianza contro la diffusione di discorsi che minano le basi della convivenza democratica.

2.2. Negazionismo e discorso d'odio nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo o delle interrelazioni tra art. 10 e 17 CEDU.

Nel modo con cui la Corte ha affrontato il tema del discorso d'odio e soprattutto del negazionismo si possono riconoscere due approcci distinti.

Il primo consiste nell'esclusione dalla protezione della Convenzione di espressioni contrarie ai valori fondamentali su cui la stessa si basa³⁴³ e tese a strumentalizzare le libertà da essa sancite allo scopo di raggiungere fini in contrasto con il suo testo e spirito, attraverso l'articolo 17 CEDU³⁴⁴, la c.d. clausola di abuso del diritto. Si tratta di una disposizione complessa, utilizzata per diverse finalità e in modi differenti, nel corso di una elaborazione giurisprudenziale che ha accompagnato l'evoluzione dell'approccio della Corte EDU al tema del discorso d'odio. Le origini di essa sono strettamente collegate alle conseguenze che l'esperienza dei regimi totalitari europei e

³⁴³ La Corte ha più volte affermato che lo scopo dell'art. 17 è impedire a individui o gruppi di avvalersi di diritti sanciti nella Convenzione per porre in essere atti miranti alla distruzione delle libertà nella stessa garantite. Si veda, *Varela Geis c. Spagna*, 5 marzo 2013, no. 61005/09, §40.

³⁴⁴ Sul punto, si veda H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause and freedom of expression in the European human rights convention: an added value for democracy and human rights protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, Vol. 29/1, 54–83, 56.

Anche a livello internazionale tale esigenza fu recepita, con la conseguente introduzione di clausole di abuso del diritto in diversi strumenti di tutela dei diritti, prima fra tutti la Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo all'articolo 30. Proprio questa disposizione ispirò la previsione dell'articolo 17 della CEDU, la cui esistenza si giustifica con la volontà di attribuire alla democrazia gli strumenti legali necessari per difendere sé stessa e per evitare il ripetersi della Storia.

È possibile ricondurre questa *ratio* dell'articolo 17 al *topos* del c.d. paradosso della tolleranza di Popperiana memoria, sulla base del quale assicurando il riconoscimento dei medesimi diritti di libertà anche a quegli individui portatori di ideologie contrarie ai valori fondamentali dell'ordinamento democratico, questo ordinamento si avvia all'autodistruzione, in quanto costoro abuseranno di tali libertà per rovesciare l'assetto democratico stesso. È una questione che si pone spesso proprio con riguardo al dibattito circa l'opportunità di punire o meno il discorso negazionista. Sul punto, si veda. G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, 101 s.

La stessa Corte EDU ha affermato che costituisce uno scopo legittimo ai sensi del secondo comma dell'articolo 10, una limitazione della libertà di espressione motivata dalla necessità di proteggere il sistema democratico nella sentenza *Vogt v. Germany*, 26 settembre 1995, no. 17851/91, §51.

la Seconda guerra mondiale avevano prodotto in Europa e al clima politico esistente al tempo della redazione della Convenzione, animato dalla necessità di difendersi da recrudescenze nazifasciste e dalla minaccia comunista³⁴⁵. Tale clausola riflette, dunque, il paradigma della *democrazia militante*³⁴⁶, elaborato da Karl Löwenstein, che descrive un modello di democrazia autorizzata a limitare preventivamente determinate libertà per salvaguardare la propria esistenza³⁴⁷.

Il secondo approccio, invece, comporta l'apposizione di limitazioni ad espressioni che, pur costituendo *hate speech*, non sono atte a distruggere i valori fondamentali della Convenzione; tali limitazioni devono sempre essere valutate alla luce dei tre requisiti di cui all'articolo 10, secondo paragrafo, ossia la prescrizione legale, scopo legittimo, necessità in una società democratica.

Le conseguenze dell'una o dell'altra impostazione differiscono radicalmente. Quando si ricorre alla seconda, si realizza, caso per caso, il bilanciamento tra la libertà di espressione di chi pronuncia il discorso d'odio e i contrapposti interessi emersi nel singolo caso concreto; solo se nel bilanciamento prevarranno questi ultimi, le limitazioni apposte alle manifestazioni di *hate speech* risulteranno legittime. Nella

³⁴⁵ Sul punto, si veda H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause and freedom of expression in the European human rights convention: an added value for democracy and human rights protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, Vol. 29/1, 54–83, 56.

Diverse costituzioni del Vecchio Continente, dopo la fine del conflitto, espressero la necessità di combattere i c.d. nemici della democrazia.

Anche a livello internazionale tale esigenza fu recepita, con la conseguente introduzione di clausole di abuso del diritto in diversi strumenti di tutela dei diritti, prima fra tutti la Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo all'articolo 30. Proprio questa disposizione ispirò la previsione dell'articolo 17 della CEDU, la cui esistenza si giustifica con la volontà di attribuire alla democrazia gli strumenti legali necessari per difendere sé stessa e per evitare il ripetersi della Storia.

È possibile ricondurre questa *ratio* dell'articolo 17 al già richiamato *topos* del c.d. paradosso della tolleranza di Popperiana memoria, questione che si pone spesso proprio con riguardo al dibattito circa l'opportunità di punire o meno il discorso negazionista. Sul punto, si veda. G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, 101 s.

La stessa Corte EDU ha affermato che costituisce uno scopo legittimo ai sensi del secondo comma dell'articolo 10, una limitazione della libertà di espressione motivata dalla necessità di proteggere il sistema democratico nella sentenza *Vogt v. Germany*, 26 settembre 1995, no. 17851/91, §51

³⁴⁶ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio*, cit., 144.

³⁴⁷ K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *31 American Political Science Review*, 1937, 417, 638. Sul punto si veda anche P. LOBBA, *Holocaust denial before the European Court of Human Rights: evolution of an Exceptional Regime*, in *The European Journal of International Law*, 2015, 244.

prima, invece, il bilanciamento viene completamente eluso: l'applicazione dell'art. 17 comporta l'espulsione della condotta dall'ambito di protezione dell'art. 10 e la dichiarazione di irricevibilità del ricorso per incompatibilità *ratione materiae*. Ciò in quanto il soggetto avrebbe abusato della libertà di espressione perseguendo finalità incompatibili con la Convenzione³⁴⁸.

2.2.1. L'applicazione dell'art. 17 al discorso negazionista: storia di un'evoluzione in tre fasi.

La giurisprudenza della Corte in tema di negazionismo dell'Olocausto si fonda proprio sulle interrelazioni tra articolo 10 e articolo 17 della Convenzione, il cui mutato assetto nel corso del tempo ha consentito di individuare tre distinte fasi nel *case law* in oggetto³⁴⁹.

Nella prima fase non ha mai luogo la rimozione delle espressioni negazioniste dalla garanzia dell'articolo 10, in virtù del c.d. effetto “ghigliottina” conseguente all'applicazione dell'articolo 17, in quanto i casi concernenti dichiarazioni negazioniste vengono valutati secondo il *necessity test* previsto dal secondo comma dell'articolo 10³⁵⁰. In questo momento storico l'applicazione dell'articolo 17, del cui carattere *exorbitant* la Corte dimostra di essere ben consapevole³⁵¹, è assolutamente

³⁴⁸ P. TANZARELLA, *Discriminare parlando*, cit., 90; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio*, cit., 147.

³⁴⁹ Per una approfondita analisi di questa evoluzione si veda P. LOBBA, *Testing the “uniqueness”*: denial of the Holocaust vs denial of other crimes before the European Court of Human Rights, in *DPC*, 2016, 4 ss. ID, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014. Sul punto si veda anche S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ?* in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, 46, 2001, 541, 550-560

³⁵⁰ Cfr., *X. c. Repubblica Federale Tedesca*, 16 luglio 1982, n. 9235/81; *T.c. Belgio*, 14 luglio 1983, n. 9777/82.

³⁵¹ G. COHEN-JONATHAN, *Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, 46, 667. V. anche la sentenza *Lawless v. Ireland*, 1° luglio 1961, (no. 3), No. 332/57§ 6, con cui la Corte ha affermato che la clausola si applica solo a quelle libertà che possono effettivamente essere abusate in modo tale da essere esercitate nel contesto di attività “liberticide”, come appunto quelle sancite negli articoli da 8 a 11 della Convenzione; questa clausola, dunque, mai si potrà applicare a quelle libertà come il diritto alla libertà e alla sicurezza ex art. 5 della Convenzione e il diritto all'equo processo, ex art. 6.

sporadica e non riguarda affatto il discorso antisemita o negazionista. Si possono ricordare infatti solo due casi in cui l'allora Commissione europea dichiarò inammissibili *ratione materiae* due ricorsi aventi ad oggetto, nel primo, lo scioglimento del partito comunista tedesco che aveva tra i propri scopi la conquista del potere attraverso legittime elezioni democratiche per poi instaurare però la dittatura del proletariato e nel secondo, la propaganda politica di un partito di estrema destra olandese qualificata dalla Commissione come discorso razzista contrario al testo e allo spirito della Convenzione³⁵².

La seconda fase, inaugurata dalla decisione *Kühnen v. Germany* del 1988,³⁵³ sancisce l'utilizzo dell'articolo 17 come criterio ermeneutico a supporto della valutazione del Giudice europeo circa la necessità dell'interferenza con la libertà di manifestazione del pensiero in una società democratica, dunque inserendosi nel contesto dell'operazione di bilanciamento effettuata dalla Corte. Questa sentenza non riguardava un caso di negazionismo; il ricorrente era un leader di un partito il cui scopo era la resurrezione del partito nazionalsocialista in Germania. Egli aveva diffuso una serie di volantini contenenti essenzialmente l'esaltazione dell'ideologia nazista ed era stato condannato per preparazione e diffusione di materiale propagandistico relativo ad una organizzazione incostituzionale. La Commissione europea dei diritti dell'Uomo, oggi defunta, applicò il secondo comma dell'articolo 10 e dopo aver accertato che l'ingerenza nella libertà di espressione era prevista dalla legge ed era finalizzata a perseguire uno scopo legittimo, si dedicò alla valutazione della necessità di essa in una società democratica. Per farlo tracciò un collegamento tra gli artt. 17 e 10 CEDU, affermando che il primo riguardava «*essentially those rights which will*

³⁵² Cfr. rispettivamente *Partito Comunista tedesco c. Repubblica Federale tedesca*, 20 luglio 1957, N. 250/51 e *Glimmerveen e Hagenbeek c. Paesi Bassi*, 11 ottobre 1979, No. 8348/78 e 8406/78. In quest'ultimo, i ricorrenti erano il presidente e vice presidente del *Nederlandse Volks Unie*, un partito politico basato sull'idea che "*the general interest of a State is best served by an ethnical homogeneous population and not by racial mixing*" §2. L'allora Commissione EDU affermò che le idee politiche espresse dai ricorrenti "*clearly constitutes an activity within the meaning of Article 17 of the Convention. The applicants are essentially seeking to use Article 10 to provide a basis under the Convention for a right to engage in these activities which are, as shown above, contrary to the text and spirit of the Convention*".

³⁵³ *Kühnen v. Federal Republic of Germany*, 12 maggio 1988, No. 12194/86.

facilitate the attempt to derive therefrom a right to engage personally in activities aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth in the Convention. In particular, the Commission has found that the freedom of expression enshrined in Article 10 of the Convention may not be invoked in a sense contrary to Article 17» e che il ricorrente aveva cercato di usare l'articolo 17 per ragioni contrarie al testo e allo spirito della Convenzione. Da Kühnen in avanti, poiché il negazionismo dell'Olocausto veniva sistematicamente interpretato come discriminatorio nei confronti degli ebrei³⁵⁴, una forma di discriminazione razziale e religiosa³⁵⁵, «una continuazione della passata discriminazione contro gli Ebrei»³⁵⁶, dunque un utilizzo della libertà di espressione contraria al testo allo spirito della convenzione, l'art. 17 fu costantemente applicato in via indiretta, quale argomento chiave per ritenere le misure restrittive di tali discorsi fossero necessarie in una società democratica.

La fase finale di questo articolato sviluppo giurisprudenziale è rappresentata dall'affermazione dell'utilizzo dell'articolo 17 nella sua funzione di *case killer* o clausola con effetto "ghigliottina" sopra descritto. Il passaggio a quest'ultimo approccio fu annunciato nella decisione del caso *Lehideux e Isorni c. Francia*, in cui la Corte introdusse il concetto di *clearly established historical facts*, di grande rilevanza per la giurisprudenza successiva, ossia fatti su cui il dibattito storiografico ha raggiunto conclusioni sufficientemente consolidate in contrasto con fatti sulla cui ricostruzione non esiste ancora un adeguato grado di consenso. Tra i primi si fa certamente rientrare lo sterminio degli ebrei da parte del regime Nazionalsocialista³⁵⁷. Secondo la regola di giudizio sviluppata dai giudici di Strasburgo e costantemente applicata nelle successive decisioni in materia di negazionismo, la confutazione dei primi non può considerarsi attività di ricerca della verità storica, bensì, nel caso di contestazione o ridimensionamento dell'Olocausto, lo scopo perseguito deve ritenersi

³⁵⁴ *F.P. vs Germany*, 29 Marzo 1993, No. 19459/92.

³⁵⁵ *Otto E.F.A. Remer vs Germany*, 6 Settembre 1995, No. 25096/94

³⁵⁶ *Udo Walendy vs Germany*, 11 gennaio 1995, No. 21128/92.

³⁵⁷ *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 settembre 1998, n.24662/94, §47

la riabilitazione del regime nazionalsocialista e l'accusa di falsificazione storica alle sue vittime.

Sulla base di tale impostazione, la Corte applicò l'articolo 17 con effetto *case killer* nei due casi successivi più significativi in materia di negazionismo: *Garaudy v. France* del 2003³⁵⁸ e *M'Bala M'Bala v. France* del 2015³⁵⁹. Nel primo, il libro di Roger Garaudy dal titolo *Les mythes fondateurs de la politique israélienne*, fu ritenuto costituire negazione dell'Olocausto e incitamento all'odio; pertanto, le affermazioni del ricorrente erano da considerarsi sottratte dalla tutela apprestata alla libertà di espressione, in quanto tese al perseguimento di obiettivi vietati dall'art. 17 della CEDU con conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso³⁶⁰.

Nel secondo, il comico Dieudonné invitò sul palco il noto negazionista francese Robert Faurisson, affinché un attore, vestito con un pigiama a righe con appuntata la stella di Davide e la scritta "ebreo", gli consegnasse un candelabro sui cui tre bracci erano infilzate delle mele, come premio per l'"insolenza" del negazionista. L'esibizione venne qualificata come un vero e proprio comizio antisemita travestito da spettacolo comico³⁶¹; ancora una volta la Corte dichiarò il ricorso irricevibile ai sensi dell'art. 17, negando che il ricorrente potesse invocare il diritto alla satira³⁶².

³⁵⁸ *Garaudy v France*, 24 giugno 2003, No. 65831/01.

³⁵⁹ *M' Bala, M' Bala v. France*, 20 ottobre 2015, No. 25239/13.

³⁶⁰ *Garaudy v France*, 24 giugno 2003, No. 65831/01. §1: «*en conséquence, la Cour estime qu'en vertu des dispositions de l'article 17 de la Convention, le requérant ne peut pas se prévaloir des dispositions de l'article 10 de la Convention en ce qui concerne les éléments relevant de la contestation de crimes contre l'humanité. Partant, cette partie du grief est incompatible ratione materiae avec les dispositions de la Convention*».

³⁶¹ *M' Bala, M' Bala v. France*, 20 ottobre 2015, No. 25239/13, § 39.

³⁶² G. PUGLISI, *La "satira" negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in "rime sparse" sulla negazione dell'Olocausto. Nota a C. Edu, sent. 20 ottobre 2015, Dieudonné M'bala M'bala v. Francia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 10: "La Corte EDU, che è solita riconoscere ampi margini di operatività alla libertà di espressione e in particolare alla satira, ribadisce, da un angolo prospettico inedito, che accostamenti volgari e ripugnanti come quelli del caso di specie non sono ammissibili. Quando la presunta satira si contamina con il negazionismo, la forza attrattiva dell'art. 17 CEDU, prevale sul procedimento triadico di cui all'art. 10 CEDU, che costituisce, invece, la regola in materia di "semplice" discorso satirico (ancorché su materie parimenti sensibili).

2.2.2. L'applicazione dell'art. 17 come ghigliottina in materia di discorso d'odio antisemita e razzista. Qualcosa di nuovo sul fronte dell'hate speech omofobico.

L'applicazione dell'articolo 17 con effetto "ghigliottina" non si limita ai casi di negazionismo dell'Olocausto, ma è stata estesa anche ad altre forme di *hate speech*³⁶³. In ambito di odio antisemita, la Corte ha fatto ricorso a tale clausola, ad esempio, nel caso *Pavel Ivanov v. Russia* del 2007³⁶⁴. Il ricorrente, proprietario e direttore di un giornale, era stato condannato per una serie di articoli che descrivevano gli ebrei come un gruppo etnico pernicioso, fonte di ogni male in Russia, e ne invocavano l'esclusione dalla vita sociale. La Corte ha ritenuto tali posizioni chiaramente antisemite, un attacco veemente e generale contro un gruppo etnico, incompatibile con i valori che sorreggono la Convenzione. Se questa applicazione dell'art. 17 oltre all'ambito del negazionismo dell'Olocausto in senso stretto, non ha costituito una innovazione radicale, in quanto, tutto sommato, l'antisemitismo è l'*humus* culturale in cui affonda le proprie radici anche l'*historical denialism* di quel tipo, maggiori sorprese hanno, invece, riservato le successive decisioni della Corte europea in questa materia³⁶⁵.

Tale clausola, infatti, è stata applicata anche in alcuni casi di *hate speech* ispirati da odio etno-religioso; un esempio di rilievo, in tema di islamofobia, è la decisione *Norwood v. U.K.* del 2004, laddove applicando il medesimo criterio adoperato nella sentenza *Ivanov*, la Corte ricondusse le manifestazioni di opinione del ricorrente ad un *general, vehement attack against a religious group*, consistito in questo caso nell'identificare l'intera comunità islamica come responsabile dell'attacco terroristico dell'11 settembre 2001, e come tali le ritenne incompatibili con i valori sanciti e protetti dalla Convenzione, specificando che in questo caso erano stati lesi la

³⁶³ Ciò avvenne, per la prima volta, nel già ricordato caso *Glimmerveen and Hagenbeek v. The Netherlands*, cit., vedi *supra*, in cui la clausola fu applicato ad un episodio di discorso d'odio ispirato dalla discriminazione razziale.

³⁶⁴ *Pavel Ivanov, v Russia*, 20 febbraio 2007, 35222/04

³⁶⁵ N. ALKIVIADOU, *Hate speech and the European Court of Human Rights*, Routledge, 2025, 142-143

tolleranza, la pace sociale e il divieto di discriminazione sulla base dell'identità di un singolo o un gruppo³⁶⁶.

Interessante, anche per i suoi recenti sviluppi, è l'approccio adottato dai giudici europei rispetto alle esternazioni contro la comunità LGBTQ+ (omobitransfobia), oggetto fino ad oggi di soli cinque decisioni, anche a causa della relativa novità della repressione penale di tale forma di discorso d'odio negli ordinamenti europei. Nel primo arresto giurisprudenziale di questa materia, ossia il caso *Vejdeland and Others v. Sweden* del 2012, la Corte non ha fatto uso dell'articolo 17, pur a fronte di un contenuto omofobico rilevante. I ricorrenti, membri di un'organizzazione denominata *National Youth*, avevano distribuito in una scuola superiore volantini che definivano l'omosessualità una "propensione sessuale deviante", con un "effetto moralmente distruttivo" sulla società, indicandola come la principale causa di HIV e AIDS e attribuendo ad una presunta lobby omosessuale la protezione di pratiche di pedofilia³⁶⁷. Essi erano stati condannati in base alla fattispecie di incitamento all'odio contro un gruppo nazionale o etnico³⁶⁸. La Corte, anziché escludere la protezione convenzionale tramite l'art. 17, così dichiarando il ricorso inammissibile, ha esaminato il caso nel merito alla luce dell'art. 10, §2, concludendo per la necessità dell'ingerenza in una società democratica. La sentenza è stata criticata da chi ha ritenuto l'approccio della Corte eccessivamente "morbido" nei confronti di esternazioni di rilevante gravità; essa, infatti, non qualificandole come discorso d'odio, bensì "solo" come *serious and prejudicial allegations*, non aveva dichiarato il ricorso inammissibile applicando la

³⁶⁶ *Norwood v. U.K.*, 16 novembre 2004, No. 23131/03, §2. Il ricorrente, militante del partito di estrema destra BNP (*British National Party*) aveva esposto alla finestra del proprio appartamento al primo piano di un palazzo un cartello contenente lo slogan "*Islam out of Britain. Protect the British People*", con una foto delle Torri Gemelle in fiamme. Per un commento a tale decisione, *ex multis* v. T. MCGONAGLE, *A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering "Hate Speech"*, in M. Herz, P. Molnár, *The content and context of hate speech*, Cambridge, 2012, 484. Peraltro, è interessante notare che la Corte ha adottato le medesime modalità di ragionamento, giungendo allo stesso esito, inammissibilità per incompatibilità *ratione materiae*, derivante dall'esclusione della manifestazione di pensiero dall'ambito di protezione dell'art. 10, in ragione dell'operatività dell'art. 17, CEDU, anche in un caso riguardante una condanna per incitamento alla discriminazione, odio e violenza contro i non musulmani in Belgio, da parte del leader dell'organizzazione estremista salafita *Sharia4Belgium*, poi sciolta. V. *Belkacem v. Belgium*, 27 giugno 2017, No. 34367/14.

³⁶⁷ *Vejdeland e altri v. Sweden*, 9 febbraio 2012, No. 1813/07, §§8 ss.

³⁶⁸ *Vejdeland e altri v. Sweden*, 9 febbraio 2012, No. 1813/07, §§11 ss. Per il testo della rilevante disposizione svedese, v. §18.

clausola di abuso del diritto. Inoltre, per giungere a respingere il ricorso nel merito, i giudici avevano fatto leva soprattutto sul contesto in cui i volantini erano stati distribuiti, ossia in una scuola, tra individui molto giovani e ancora fortemente influenzabili, facendo intendere implicitamente che, qualora le esternazioni fossero avvenute in un contesto diverso, le conclusioni avrebbero potuto essere differenti, ossia l'interferenza avrebbe potuto essere considerata una violazione inammissibile della libertà di espressione dei ricorrenti.³⁶⁹

Due profili di questa sentenza sono stati invece apprezzati. In primo luogo, la Corte ha affermato che, ai fini della configurabilità dell'“incitamento all'odio”, non è necessario dimostrare un effettivo appello alla violenza o al crimine: sono sufficienti l'odio, l'ingiuria e la ridicolizzazione. In secondo luogo, si enuncia il principio secondo cui «la discriminazione basata sull'orientamento sessuale è grave quanto la discriminazione basata sulla razza, l'origine e il colore»³⁷⁰. Ciò consente di collocare le condotte omofobiche di una certa gravità nello stesso orizzonte di riprovazione giuridica delle forme più tradizionali di *hate speech* razziale.

Seguono le decisioni *Molnar v. Romania*³⁷¹ dello stesso anno e *Lilliendahl v. Iceland* del 2020³⁷², che rivelano una chiara tendenza espansionistica del ricorso all'art. 17, seppur con modalità diverse.

³⁶⁹ P. JOHNSON, *Homophobic Hate Speech and Article 17 ECHR: The Evolving Approach of the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2024, 431.

³⁷⁰ *Vejdeland e altri v. Sweden*, cit., §55. In this regard, the Court stresses that discrimination based on sexual orientation is as serious as discrimination based on “race, origin or colour”. Argomento questo espresso anche nella sentenza *Féret v. Belgio*, 16 luglio 2009, No. 15615/07, in relazione a discorsi d'odio razziale. Sul punto si veda L. GOISIS, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale (commento a CEDU, Sez. V, Vejdeland e altri c. Svezia, ric. n. 1813/07, 9 febbraio 2012)*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 407 ss.

³⁷¹ *Molnar v. Romania*, 23 ottobre 2012, No. 16637/06, § 23, 24, 25. Il ricorrente era stato condannato per aver distribuito manifesti con slogan esplicitamente ostili verso le persone omosessuali (“La Romania ha bisogno di bambini, non di omosessuali”).

³⁷² *Lilliendahl v Iceland*, 12 maggio 2020, No. 29297/18. Si trattava del caso dell'ascoltatore di una trasmissione radiofonica che era intervenuto nel contesto di una pubblica discussione su una nuova proposta, recentemente approvata dal consiglio comunale della cittadina di Hafnarfjörður, avente ad oggetto il rafforzamento dell'educazione su temi dell'orientamento sessuale nelle scuole, in collaborazione con l'associazione LGBT *Samtökin '78*. Il ricorrente aveva espresso commenti del seguente tenore: «We listeners of [Ú.S.] have no interest in any [expletive] explanation of

Nel primo caso, esso viene utilizzato come criterio ermeneutico per la valutazione di proporzionalità in senso stretto della misura repressiva adottata dalle autorità rumene, conclusasi con la declaratoria di inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza. Il secondo merita di essere menzionato in quanto, pur giungendosi al medesimo esito, con le medesime modalità, la corte traccia una interessante distinzione tra due categorie di *hate speech* sulla base del grado di serietà e gravità dello stesso, che pare predisporre un criterio di metodo per la scelta tra il ricorso all'art. 10 o 17 adottabile in casi futuri³⁷³. Nella prima categoria rientrano le forme più gravi di *hate speech*, che ricadono nell'ambito dell'art. 17 CEDU. La seconda comprende, invece, forme meno gravi di discorso d'odio, che non si collocano completamente al di fuori dell'ambito dell'art. 10, ma che gli Stati parte hanno facoltà di limitare. Tra esse vi sono non solo l'istigazione alla violenza, ma anche condotte diffamatorie e ingiuriose nei confronti di gruppi specifici della popolazione.

Il punto di svolta è segnato dal recentissimo approdo *Lenis v. Greece* del 2023, laddove la Corte è ricorsa alla clausola di abuso del diritto per rimuovere dall'ambito di protezione dell'art. 10 le esternazioni omofobe di Amvrosios-Athanasios Lenis, sacerdote della Chiesa greco-ortodossa e Metropolita di Kalavryta and Aigialeia, dichiarando il ricorso inammissibile *ratione materiae*, proprio sulla base della riconduzione della stesse alla più grave forma di *hate speech*, consistente in una vera e propria istigazione alla violenza (*stirring up violence*) e denigrazione dei destinatari, cui era stato negato il rispetto della propria dignità umana³⁷⁴.

this *kynvilla* [derogatory word for homosexuality, literally 'sexual deviation'] from [Ó.S.Ó.]. This is disgusting. To indoctrinate children with how *kynvillingar* [literally 'sexual deviants'] *edla sig* ['copulate', primarily used for animals] in bed. [Ó.S.Ó.] can therefore stay at home, rather than intrude upon [U.S.]. How disgusting.» (§5). Egli era stato conseguentemente condannato ai sensi dell'art. 223 c.p. islandese per diffamazione del singolo o di un gruppo fondata sull'orientamento sessuale.

³⁷³ *Lilliendahl v Iceland*, 12 maggio 2020, No. 29297/18, §§ 33-37.

³⁷⁴ *Lenis v. Greece*, 27 giugno 2023, no. 47833/20, §§ 47-56. I fatti si erano svolti sullo sfondo del dibattito in corso nel Parlamento greco riguardo l'introduzione di unioni civili per coppie omosessuali. In quel contesto, il ricorrente aveva pubblicato sul proprio blog personale un articolo con affermazioni del seguente tenore: «*Homosexuality is a deviation from the laws of nature! It is a social felony! It is a sin. Those who experience it or support it are not normal people! They are the scum of society! [...] these disgraced people, spit on them! Condemn them! Blacken them out!*» («*Μαρπίστε τους!*») *They are not human! They are perversions of nature!*». (§1, in fatto). A seguito dello scalpore da esse suscitato il ricorrente aveva pubblicato un secondo articolo in cui affermava di essere stato frainteso dai media, di

Da una parte dei commentatori la decisione è stata accolta con favore, in quanto, insieme ai suoi precedenti, consente di delineare una serie di criteri ben definiti per misurare la gravità del discorso d'odio omofobico e rappresenta il segno della serietà dell'approccio della Corte a tale grave problema, finalmente riconosciuto come fenomeno discriminatorio di nocività pari alle più risalenti categorie di *hate speech* a tutela di gruppi etnici, nazionali e religiosi³⁷⁵. Dall'altra, invece, vi è chi lancia l'allarme in relazione alla tendenza espansionista del ricorso all'art. 17, evidenziando come esso produca decisioni di inammissibilità da parte dei giudici europei estremamente frettolose e superficiali a detrimento della libertà di espressione³⁷⁶.

Invero, l'uso generalizzato dell'art. 17 come clausola “ghigliottina” o *case killer* è stato contestato da numerosi studiosi, ben prima della decisione *Lenis*, i quali auspicano l'adozione uniforme del test trifasico di proporzionalità e del bilanciamento per tutte le forme di discorso d'odio, incluso il negazionismo dell'Olocausto. Si sostiene che l'applicazione “secca” dell'art. 17 non aggiunga alcun valore sostanziale alla protezione della democrazia o al rispetto dell'eguaglianza e della pari dignità, valori che la giurisprudenza della Corte ha già progressivamente trasformato in un vero e

non aver mai voluto incitare alla violenza, condannata dalla chiesa ortodossa, e che l'espressione “spit on them”, peraltro da intendersi metaforicamente, era principalmente rivolta ai parlamentari greci espressi a sostegno delle unioni civili (§ 7 in fatto). V. F. FALCONI, *Il discorso d'odio omofobico davanti alla Corte di Strasburgo e l'applicazione della 'ghigliottina': riflessioni a margine della decisione Lenis c. Grecia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2025, 435-466.

³⁷⁵ P. JOHNSON, *Homophobic Hate Speech and Article 17 ECHR: The Evolving Approach of the European Court of Human Rights*, cit., 437-438. Segnatamente, la gravità del contenuto dell'espressione che consente di distinguere tra l'incitamento alla violenza e la retorica disumanizzante come esternazioni appartenenti alla categoria più grave di *hate speech*, e le forme meno gravi che pur essendo altamente pregiudizievoli, non costituiscono una diretta istigazione alla violenza e alla distruzione dei valori protetti dalla Convenzione. A questo, si aggiungono la posizione sociale e l'influenza dell'autore del discorso, la capacità diffusiva del mezzo utilizzato per veicolarlo e il grado di accettazione e tolleranza nei confronti della comunità LGBT in quel momento storico nel Paese teatro dell'episodio, al fine di valutare la vulnerabilità dei destinatari.

³⁷⁶ N. ALKIVIADOU, *Hate speech and the European Court of Human Rights*, cit., 147 ss, laddove si lamenta che «*the expansive nature which Article 17 has taken over time is of utmost concern to democracy and free speech*», in quanto contribuisce ad all'accrescimento del rischio di *chilling effect* in ragione di critiche legittime. Inoltre, porta la Corte a valutazioni approssimative, che non prendono in considerazione pur rilevanti elementi di contesto. In questo caso ad esempio, i giudici non aveva prestato la dovuta attenzione al fatto che alcune delle espressioni, pur incendiare del ricorrente, avevano carattere metaforico ed iperbolico e che, sebbene fosse vero che i media avevano ripreso e diffuso su larga scala tali espressioni, lo avevano fatto in chiave marcatamente critica classificandole come le invettive o deliri di un sacerdote ortodosso, fattore che, si poteva sostenere, avrebbe certamente limitato la “contagiosità” del sottostante messaggio omofobico.

proprio diritto alla non discriminazione, suscettibile di tutela in numerosi ambiti, anche attraverso la repressione del discorso d'odio e dell'incitamento alla discriminazione³⁷⁷.

Altresì, l'applicazione di tale clausola e l'elusione del bilanciamento hanno come conseguenza l'omissione dell'analisi del contesto in cui le affermazioni sono state pronunciate, che può costituire un elemento molto importante per attribuire loro il corretto significato³⁷⁸. Inoltre, essa preclude una valutazione della proporzionalità o meno dell'interferenza, particolarmente importante se si considera che molti dei rimedi posti in atto nel contesto dei Paesi del Consiglio d'Europa sono sanzioni penali che prevedono l'applicazione di una pena detentiva³⁷⁹.

Infine, è stato osservato come in questo modo gli Stati siano liberati dall'onere di giustificare tali misure restrittive e sono così automaticamente legittimati nelle loro prassi repressive³⁸⁰.

In sintesi, l'uso dell'articolo 17 nella giurisprudenza sul discorso d'odio si presenta come un'arma a doppio taglio: da un lato, incarna la dimensione di "democrazia militante" e offre uno strumento potente per contrastare le espressioni più radicalmente incompatibili con i valori della Convenzione, in particolare il negazionismo dell'Olocausto e l'*hate speech* più estremo; dall'altro lato, il suo impiego come clausola "assoluta" e preclusiva del bilanciamento solleva rilevanti perplessità sotto il profilo della coerenza sistemica, della trasparenza argomentativa e della piena tutela del metodo proporzionale nello scrutinio delle restrizioni alla libertà di espressione. Se

³⁷⁷ I. HARE, *Extreme speech under International and Regional Human Rights Standards* in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University press, 2009, 76 – 77.

³⁷⁸ Si veda D. KEANE, *Attacking hate speech under article 17 of the European Convention on human rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, 641–663, 661: l'Autore riflette in particolare sul caso *Jersild v. Denmark*, in cui la valutazione di una serie di elementi contestuali portò la Corte a dichiarare contraria alla CEDU la condanna inflitta ad un giornalista per aver realizzato un servizio in cui membri di un gruppo di estrema destra, i *greenjackets*, aveva usato delle espressioni discriminatorie dal punto di vista razziale. I giudici di Strasburgo avevano valutato, per esempio, le espressioni che il giornalista aveva usato per introdurre il gruppo e il fatto che il servizio fosse stato mandato in onda nel contesto di un programma serio dedicato all'approfondimento di problematiche sociali.

³⁷⁹ H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause and freedom of expression in the European human rights convention: an added value for democracy and human rights protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, 68.

³⁸⁰ P. LOBBA, *Holocaust denial before the European Court of Human Rights: evolution of an Exceptional Regime*, in *The European Journal of International Law*, 2015, 242.

nell'ambito del negazionismo, come si vedrà nel paragrafo a seguire, i giudici europei sembrano aver accolto, seppur ancora in modo incerto ed ambiguo, le sollecitazioni testé menzionate, nell'ambito del discorso d'odio omofobico, come già mostrato dal recente arresto *Lenis v. Greece* del 2023, la corte di Strasburgo mostra di stare muovendosi nella direzione opposta. Dai primi arresti del 2012, improntati all'analisi nel merito del ricorso attraverso il test del bilanciamento, si è inesorabilmente orientata ad attribuire rilevanza sempre maggiore all'art. 17, prima utilizzandolo come criterio interpretativo per la declaratoria di inammissibilità dei ricorsi per manifesta infondatezza, per giungere ora alla vera e propria attuazione della funzione "ghigliottina".

2.3. Ritorno al negazionismo. Il Caso *Perinçek v. Svizzera* e i successivi sviluppi. Tra riespansione del bilanciamento e perduranti ambiguità.

Uno sviluppo importante verso una riespansione della tutela della libertà di espressione relativamente al negazionismo è rappresentato dalla sentenza *Perinçek c. Svizzera* del 2015³⁸¹. La pronuncia della Grande Camera costituisce un punto di svolta nell'interpretazione dell'articolo 10 CEDU in rapporto alla criminalizzazione del negazionismo, ampiamente diffusa, seppur con modulazioni differenti, negli ordinamenti europei.

Il caso riguardava Doğu Perinçek, cittadino turco, storico e leader di un partito di estrema sinistra, che nel 2005, durante una serie di conferenze in Svizzera, aveva negato la qualificazione giuridica di genocidio agli eccidi della popolazione armena nell'Impero Ottomano del 1915. Egli sosteneva che era assente l'elemento intenzionale richiesto dalla nozione giuridica di genocidio e ricondusse le stragi a un

³⁸¹ *Perinçek c. Svizzera*, 15 ottobre 2015, N. 27510/08.

contesto bellico³⁸², attribuendo anche agli armeni responsabilità per violenze contro i turchi. Definì inoltre il genocidio armeno una “menzogna internazionale”, architettata dall’Unione Europea e dagli Stati Uniti d’America. Egli negò dunque che fosse mai avvenuto un genocidio³⁸³.

A seguito di denuncia dell’Associazione Svizzera-Armenia, Perinçek fu condannato dalla Corte distrettuale di Losanna, sulla base dell’articolo 261-*bis* del codice penale svizzero, che punisce chi pubblicamente nega, minimizza grossolanamente o giustifica genocidi o crimini contro l’umanità per motivi razziali, etnici o religiosi. Le impugnazioni del condannato furono respinte da parte della Corte Cantonale di Vaud e, in ultima istanza, da parte della Corte Federale Elvetica.

Dinanzi alle autorità nazionali, Perinçek sostenne che le proprie dichiarazioni non fossero animate da odio razziale, che non esistesse un consenso storico unanime sui fatti del 1915 e che nessun tribunale penale internazionale avesse mai qualificato tali eventi come genocidio³⁸⁴. Le corti svizzere respinsero tali argomentazioni, ritenendo le sue posizioni connotate da razzismo e nazionalismo³⁸⁵, valorizzando anche il riconoscimento politico del genocidio armeno da parte del Parlamento svizzero, del Consiglio d’Europa e delle Nazioni Unite³⁸⁶. Esse affermarono che la ratio della repressione del negazionismo dell’Olocausto dovesse estendersi a tutti i genocidi sorretti da un consenso storico equivalente³⁸⁷.

³⁸² Statuto di Roma della IPC, art. 6, primo comma, primo periodo: “Ai fini del presente Statuto, per crimine di genocidio s’intende uno dei seguenti atti commessi *nell’intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso* [...]”.

³⁸³ *Perinçek c. Svizzera*, 15 ottobre 2015, N. 27510/08, §13-16.

³⁸⁴ Si veda L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perincek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell’ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 83.

³⁸⁵ Swiss Federal Court, Judgment of 12 December 2007 (6B_398/2007), §5.3. “As to the appellant’s motives, the Criminal Court found that they appeared to be of a racist and nationalistic nature and did not contribute to the historical debate, noting in particular that he had described the Armenians as aggressors of the Turkish people and that he claimed to be a follower of Talaat Pasha, who together with his two brothers was historically the initiator, the instigator and the driving force of the Armenian genocide (Criminal Court judgment, point II, pp. 17 et seq).”

³⁸⁶ Swiss Federal Court, Judgment of 12 December 2007 (6B_398/2007), §4.4.

³⁸⁷ L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perincek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell’ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 85.

Investita del ricorso per violazione dell'articolo 10 CEDU, la Seconda Sezione della Corte EDU accolse le doglianze. Il Governo svizzero adì la Grande Camera, che confermò tale conclusione.

In via preliminare, la Grande Camera esaminò d'ufficio l'eventuale applicazione dell'articolo 17 CEDU, questione sollevata da alcuni Stati e da terze parti intervenute. In particolare, Francia e Associazione Svizzera-Armenia sostenevano che, secondo la giurisprudenza consolidata sul negazionismo dell'Olocausto, il ricorso dovesse essere dichiarato irricevibile per abuso del diritto; la Turchia, invece, escludeva tale applicabilità, sottolineando l'assenza di un accertamento storico-giuridico definitivo sugli eventi del 1915³⁸⁸. La Corte escluse l'uso dell'articolo 17 come clausola "ghigliottina", ritenendo che le dichiarazioni del ricorrente non fossero motivate dall'intento di incitare all'odio o alla violenza³⁸⁹.

Si procedette dunque all'esame nel merito ai sensi dell'articolo 10, attraverso il test trifasico. Quanto al primo requisito, la Corte riconobbe che la base legale fosse formalmente adeguata, pur segnalando le ambiguità del termine "genocidio"; tuttavia, ritenne soddisfatto il requisito della *foreseeability*, considerata la competenza giuridica e politica del ricorrente³⁹⁰.

Con riferimento allo scopo legittimo, la Corte esaminò sia la tutela dell'ordine pubblico, sia la protezione della dignità delle vittime e dei loro discendenti. Essa escluse che sussistesse un reale pericolo per la pace pubblica e individuò invece come fine legittimo rilevante la tutela dei diritti altrui, collegata all'articolo 8 CEDU.

Nel giudizio sulla "necessità in una società democratica", la Corte valorizzò numerosi elementi di contesto. In primo luogo, osservò che le dichiarazioni di Perinçek si inserivano in un dibattito di interesse generale, relativo a una questione storica e

³⁸⁸ *Perinçek c. Svizzera*, §§107-109.

³⁸⁹ *Ibidem*, §115: La Corte in questo passaggio segue proprio la tecnica argomentativa che gli studiosi, le cui posizioni sono state analizzate *supra*, auspicano che essa pratichi sempre. Ossia mette da parte l'articolo 17, per procedere a verificare attraverso la tecnica del bilanciamento tra i diritti e gli interessi in gioco, se l'interferenza nella libertà di espressione del ricorrente fosse "necessaria in una società democratica".

³⁹⁰ *Perinçek c. Svizzera*, §§138_140.

politica ancora controversa, riducendo sensibilmente il margine di apprezzamento dello Stato. In secondo luogo, rilevò l'assenza di un consenso internazionale compatto sulla qualificazione giuridica degli eventi del 1915 come genocidio, sottolineando che solo un numero limitato di Stati aveva adottato tale riconoscimento. Inoltre, evidenziò il carattere ancora aperto ad opinioni divergenti del dibattito storiografico e la distanza temporale e geografica del luogo in cui le esternazioni erano avvenute, la Svizzera, dal teatro della strage.

Punto cruciale della decisione è rappresentato dalla distinzione tracciata dai giudici tra altre declinazioni dell'*historical denialism* e negazionismo dell'olocausto. Le legislazioni che contrastano quest'ultimo fenomeno sono ritenute giustificate in quanto esso è sottoposto ad una presunzione assoluta, e come tale inconfutabile, circa il suo carattere intrinsecamente antisemita e antidemocratico. Questo non tanto per la natura di fatto storico consolidato dell'Olocausto, quanto perché, e si giunge così al nodo fondamentale del ragionamento, i casi giunti alla Corte fino ad oggi sono promanati da Stati, che per il loro contributo più o meno rilevante allo svolgimento del genocidio ebraico, sono portatori di una «speciale responsabilità morale» nel distanziare se stessi dalle atrocità alla cui perpetrazione hanno partecipato³⁹¹. Al contrario, le affermazioni incentrate su fatti storici, parimenti tragici, ma diversi da quest'ultimo, come l'eccidio armeno, devono essere sottoposte ad una attenta valutazione circa il loro carattere effettivamente istigatorio, la quale deve essere appunto suffragata da concreti elementi tratti dal contesto storico e sociale in cui sono state pronunciate³⁹². Quest'ultimo, infatti, non si può presumere, soprattutto se, come in questo caso, le affermazioni erano

³⁹¹ *Perinçek c. Svizzera*, §243.

³⁹² D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 993. L'A. propone una interessante riflessione: egli distingue tra negazionismo-vilipendio, che realizza una offesa in sé, prescinde dal contesto e dalle modalità con cui è stato realizzato e pertanto si basa sulla "intangibilità morale della memoria della Shoah", correlato al "processo di sacralizzazione che [...] la Shoah ha registrato nel corso dei decenni" e negazionismo-istigazione che invece richiede un *quid pluris* per realizzarsi: la condotta deve caratterizzarsi per la sua idoneità a "fare proselitismo, a convincere il destinatario della comunicazione [...] o quantomeno a suscitare il germe del dubbio e della perplessità". Alla luce di tale distinzione, l'Autore osserva come nel caso *Perinçek* che ha ad oggetto una forma di negazionismo derivato (ossia la negazione di una vicenda storica diversa dall'Olocausto ebraico, che si rifà al negazionismo originario), torni centrale il criterio della "concreta idoneità istigativa all'odio e alla violenza", "conclusione resa possibile dalla natura controversa del fatto oggetto di negazione e dalla sua non paragonabile forza evocativa rispetto al paradigma della negazione della Shoah".

state espresse in un Paese privo di qualsivoglia collegamento con quei fatti, salvo il debole argomento della presenza in Svizzera di una comunità armena³⁹³. La Corte notò, inoltre, come pochi stati europei puniscano il negazionismo “puro”, ossia la semplice affermazione negazionista mentre, anche a livello del Diritto dell’unione europea, sia richiesto il requisito della produzione di conseguenze negative discendenti dall’espressione negazionista, come l’incitamento all’odio, alla discriminazione o alla violenza³⁹⁴. Richiamando anche l’eterogeneità delle legislazioni europee in materia di negazionismo, la Corte concluse che, nel bilanciamento tra la tutela della dignità del popolo armeno ex articolo 8 e la libertà di espressione ex articolo 10, dovesse prevalere quest’ultima.

Quanti agli sviluppi successivi al *key case Perinçek*, nel 2019 la Corte ha affrontato un caso che offriva la possibilità di testare l’effettiva portata innovatrice dell’orientamento in esso stabilito. Il fatto riguardava le dichiarazioni rese da Udo Pastörs, politico tedesco, esponente di un partito di estrema destra, durante un discorso tenuto presso il Parlamento del *Land* del Meclemburgo-Pomerania Anteriore, di cui egli era membro. Le affermazioni in questione gli erano valse la condanna da parte delle corti nazionali per violazione della memoria dei defunti e diffamazione, in ragione del loro messaggio inequivocabilmente negazionista, per quanto, come notato dalle corti nazionali e ribadito dalla Corte EDU, consapevolmente inserito “di soppiatto” come «veleno in un bicchiere d’acqua, nella speranza che in tal modo non sarebbe stato immediatamente rilevato»³⁹⁵. Seguendo l’approccio delineato nella sentenza *Perinçek*, la Corte avrebbe verosimilmente potuto applicare lo speciale regime dell’art.17, peraltro invocato dal governo tedesco, con il conseguente “effetto ghigliottina”, trovandosi a trattare una fattispecie di negazionismo qualificato dal provato intento di manifestare disprezzo nei confronti del popolo ebraico, verificatosi proprio in un Paese come la Germania, su cui evidentemente sussiste quella “speciale

³⁹³ *Ibidem*, §244.

³⁹⁴ *Perinçek c. Svizzera*, §§255, 256.

³⁹⁵ *Pastörs c. Germania*, 3 ottobre 2019, No. 55225/14, §43.

responsabilità morale” individuata dalla Corte stessa come criterio primario per l’applicazione della clausola dell’abuso del diritto.

I giudici di Strasburgo, tuttavia, si sono mossi con maggiore cautela; non è stato ripreso il criterio sopraddetto, bensì è stato ribadito come l’art. 17 possa applicarsi solo in via eccezionale ed in casi estremi e come l’elemento decisivo per ricorrere o meno ad esso o alla tecnica del bilanciamento ai sensi dell’art. 10 sia da rinvenire nell’eventuale impiego delle affermazioni del ricorrente per minare i valori fondanti della Convenzione, dimostrato, ad esempio, dal loro carattere istigatorio di odio e violenza³⁹⁶. Inoltre, la Corte chiarisce che, con riguardo ai casi di negazionismo dell’Olocausto, la decisione circa quale impiegare tra i due regimi sopra descritti debba essere effettuata caso per caso, sulla base delle circostanze specifiche di ognuno di essi. Svoltata questa importante premessa, la Corte esegue nei fatti il bilanciamento di cui all’art. 10, concludendo per la necessità in una società democratica dell’interferenza subita dal ricorrente. Ancor più che la sentenza *Perinçek*, il ragionamento appena esposto sembra far intuire una nuova, maggiore sensibilità della Corte rispetto alle potenziali ricadute negative di un utilizzo massiccio della clausola di abuso del diritto, anche con riguardo al negazionismo “originario” del genocidio ebraico, che fa presagire un ritorno a quell’assetto giurisprudenziale in cui l’art. 17 veniva impiegato come adiuvante interpretativo, nella cornice, maggiormente garantista e “trasparente”, del bilanciamento.

3. Il Discorso d’odio nel diritto dell’Unione europea: la decisione quadro 2008/931/GAI e alcuni cenni sulla giurisprudenza in materia della Corte di Giustizia.

Il principale strumento del diritto dell’Unione europea in materia di discorsi d’odio è costituito dalla Decisione quadro 2008/913/GAI, adottata dal Consiglio dell’Unione

³⁹⁶ *Pastörs c. Germania*, 3 ottobre 2019, No. 55225/14, §37

Europea per la lotta contro il razzismo e la xenofobia. Le Decisioni quadro rappresentavano, nel sistema dei tre pilastri dell'Unione (all'epoca Comunità Europea) delineato dai Trattati di Maastricht e di Amsterdam³⁹⁷, uno strumento di cooperazione intergovernativa in materia di Giustizia e Affari interni, finalizzato al ravvicinamento delle discipline nazionali, in particolare nel settore penale. Con il Trattato di Lisbona, tale sistema è stato superato a favore di una competenza penale europea indiretta e autonoma, disciplinata dal titolo V, capo quarto, del TFUE, affidata allo strumento della direttiva.

Analogamente a quanto già osservato per gli strumenti internazionali e del Consiglio d'Europa, anche la Decisione quadro 2008/913/GAI persegue l'obiettivo di imporre agli Stati membri vincoli di incriminazione, individuando nel diritto penale lo strumento privilegiato per il contrasto al razzismo. L'Unione Europea, dunque, individua nel diritto penale lo strumento di elezione per contrastare il fenomeno del razzismo e riduce il margine di discrezionalità dei Paesi aderenti persino con riguardo alla cornice edittale delle sanzioni penali.

Un ambito in cui residua una maggiore discrezionalità riguarda invece la tipologia delle fattispecie incriminatrici: gli Stati possono scegliere se punire soltanto i comportamenti idonei a turbare l'ordine pubblico oppure anche quelli "semplicemente" minacciosi, offensivi o ingiuriosi.

Gli atti razzisti e xenofobi punibili vengono suddivisi in tre categorie: a) il pubblico incitamento alla violenza o all'odio contro un gruppo o un suo membro, definito in base alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, nonché la diffusione pubblica di scritti, immagini o altro materiale contenente tale incitamento; b) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana in pubblico dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, quando tali condotte siano dirette contro gruppi protetti e siano idonee a istigare alla violenza o

³⁹⁷ In particolare, il trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel 1999, ha introdotto lo strumento della decisione quadro ed ha altresì inserito tra gli obiettivi della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, la prevenzione del razzismo e della xenofobia.

all'odio³⁹⁸; c) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di cui all'articolo 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale, alle medesime condizioni soggettive e oggettive³⁹⁹. Sono punibili altresì l'incitamento e la partecipazione alla commissione di tali atti.

La Decisione Quadro richiede che riguardo a tali reati, i paesi dell'UE debbano stabilire sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive e pene detentive per una durata massima compresa tra uno e tre anni.

Di particolare rilievo è l'ampliamento, per la prima volta nel diritto dell'Unione, dell'oggetto del negazionismo, che non è più circoscritto al solo Olocausto, ma riguarda anche ulteriori crimini del diritto penale internazionale. Per evitare una compressione eccessiva della libertà di manifestazione del pensiero, la Decisione quadro subordina tuttavia la punibilità a due ulteriori requisiti: che le condotte siano «dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica» e che «i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro», costituendo quindi questa fattispecie una manifestazione specifica del reato di istigazione previsto sempre dall'articolo 1, comma 1, lettera a e b⁴⁰⁰.

Oltre alla già menzionata possibilità di scegliere se incriminare solo i comportamenti che turbino l'ordine pubblico o quelli che siano minacciosi offensivi e ingiuriosi⁴⁰¹, ulteriore cautela è prevista dal comma quarto dell'articolo 1, secondo cui gli Stati, all'atto dell'adozione della Decisione, possono dichiarare che la negazione o minimizzazione grossolana dei crimini sia punibile solo se tali crimini siano stati

³⁹⁸ Art. 1 lett. c).

³⁹⁹ Art. 1, lett. d).

⁴⁰⁰ 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@Unibo.it*, Bologna, 2011, 134. Sul tema si veda anche P. TANZARELLA, *Discriminare parlando*, cit., 80-81.

⁴⁰¹ P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di Negazionismo*, cit., 135. L'autore osserva come la prima possibilità faccia riferimento alla struttura della fattispecie incriminatrice tedesca in tema di negazionismo, l'art. 130 StGB, che fa un espresso riferimento al bene giuridico della quiete pubblica, mentre la seconda faccia riferimento a quella dell'art. 18 del Public Order Act del 1986, che punisce chi attraverso espressioni "threatening, abusive or insulting" voglia incitare all'odio razziale e religioso.

accertati con sentenza definitiva di un tribunale nazionale o internazionale, o esclusivamente internazionale, richiamando una struttura già presente nella legislazione francese.

È stato osservato come questa Decisione quadro si inserisca in una «preoccupante invasione del paradigma del rischio nel campo della libertà di espressione», poiché contribuisce alla costruzione di una nuova categoria di reati di opinione, finalizzati non solo alla repressione del pericolo astratto, ma alla prevenzione della creazione di un generico “clima” discriminatorio⁴⁰², secondo l’idea, propria dei teorici della *Critical Race Theory*, che l’accumularsi di espressioni razziste e negazioniste favorisca un terreno fertile perché si compiano atti discriminatori anche violenti.

Accanto agli strumenti vincolanti, svolge un ruolo rilevante il *soft law* dell’Unione europea, in particolare attraverso l’attività dell’Agenzia dei diritti fondamentali dell’UE (FRA), che ha istituito l’*Equality and Citizens’ Rights Department*. Particolare rilievo assume la *Framework Decision on Racism and Xenophobia* di Vienna del 15 ottobre 2013, che invita gli Stati ad applicare pienamente la Decisione quadro del 2008 e ad assicurare specifiche tutele processuali alle vittime di reati motivati da *bias* discriminatori, in coerenza con la Direttiva sulle vittime di reato⁴⁰³. Tra le *Actions* rilevanti figurano, in particolare, l’*Action 1* e l’*Action 4*, volte a garantire un’interpretazione estensiva del concetto di discriminazione e il diritto delle vittime alla revisione delle decisioni di non esercitare l’azione penale.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, come già osservato, essa è ancora relativamente scarna sul tema dei discorsi d’odio. Tuttavia, alcuni passaggi giurisprudenziali risultano particolarmente significativi perché qualificano espressioni di *hate speech* omofobo e razzista, pronunciate in ambito lavorativo, non come mera manifestazione del pensiero, bensì come veri e propri atti discriminatori.

⁴⁰² *Ibidem*, cit., 110-11.

⁴⁰³ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012.

Il primo caso di rilievo è *Feryn* del 2008⁴⁰⁴, salutato da parte della dottrina come il primo vero confronto della Corte con una problematica di libertà di espressione non limitata al *commercial speech*, bensì estesa al discorso razzista⁴⁰⁵. La vicenda trae origine da dichiarazioni pubbliche rilasciate dal direttore dell'azienda belga *Feryn*, Pascal Feryn, il quale, nel corso di un'intervista al quotidiano *De Standaard*, affermò che la sua impresa non avrebbe mai assunto lavoratori di origine marocchina, poiché i clienti non li avrebbero voluti nelle proprie abitazioni. Successivamente, egli negò ogni intento razzista, giustificando le proprie affermazioni come una mera presa d'atto delle paure sociali esistenti.

Il Centro per le pari opportunità e l'opposizione al razzismo attivò tuttavia la procedura giudiziaria sulla base della direttiva 2000/43, che mira a stabilire un quadro per la lotta alle discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica, insieme alla norma nazionale di recepimento. Le Corti belghe ritennero inizialmente che tali affermazioni non integrassero un atto discriminatorio, ma soltanto un'ipotetica discriminazione futura. Il nodo centrale divenne, pertanto, la possibilità che semplici parole potessero costituire un atto di discriminazione in senso proprio.

Nell'opinione dell'Avvocato Generale Maduro, fortemente ispirata a istanze riconducibili alla *Critical Race Theory*, viene affermato che «*despite the conventional wisdom, words hurt*»⁴⁰⁶ e che il datore di lavoro, manifestando pubblicamente l'intenzione di non assumere persone di una determinata origine, non si limita a parlare di discriminazione, ma *discrimina*. Non si tratta di mera espressione, bensì di un vero e proprio "atto linguistico" ("*speech act*"), secondo la teoria elaborata da J. Searle⁴⁰⁷, poiché l'annuncio esclude direttamente intere categorie di soggetti dalle procedure di assunzione⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn*, 10 luglio 2008, caso C-54/70.

⁴⁰⁵ U. BELAVUSAU, *Fighting hate speech through EU law*, in *Amsterdam Law Forum*, 2012, 22.

⁴⁰⁶ Tra l'altro chiaro riferimento al titolo del manifesto della C.R.T: M.J. MATSUDA et al (eds.), *Words that Wound. Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*, Boulder: Westview Press 1993.

⁴⁰⁷ J. SEARLE, *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1969.

⁴⁰⁸ U. BELAVUSAU, *Fighting hate speech through EU law*, in *Amsterdam Law Forum*, 2012, 32.

La Corte GUE ha fatto propria tale impostazione, respingendo l'interpretazione data dal Regno Unito secondo cui, in assenza di un denunciante identificabile, non potrebbe configurarsi una discriminazione diretta. Essa ha affermato che la dichiarazione pubblica di non voler assumere lavoratori di una certa origine razziale è idonea a «dissuadere fortemente determinati candidati dal proporre le loro candidature e, quindi, a ostacolare il loro accesso al mercato del lavoro», integrando così una discriminazione diretta ai sensi della direttiva 2000/43, anche in assenza di una vittima identificabile.

Un'impostazione analoga è stata ribadita nel caso *Asociația ACCEPT* del 2013, relativo alle dichiarazioni del presidente di una squadra di calcio rumena che aveva escluso l'eventualità di assumere un giocatore omosessuale, e nel più recente caso *NH v. Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI–Rete Lenford* del 2020. In quest'ultimo, un avvocato italiano con funzione apicale in uno studio legale aveva affermato, nel corso di un'intervista radiofonica, che non avrebbe mai assunto una persona omosessuale, né si sarebbe avvalso dei servizi legali prestati da soggetti con tale orientamento. Anche in questo caso la Corte ha qualificato tali dichiarazioni come atti discriminatori in senso proprio, idonei a produrre un effetto escludente dal mercato del lavoro.

Nel complesso, questa giurisprudenza mostra come, nel diritto dell'Unione, espressioni che ontologicamente potrebbero apparire come meri enunciati siano qualificate, in determinati contesti, come condotte giuridicamente rilevanti, capaci di produrre effetti discriminatori immediati e diretti. La parola, in tali casi, non è più valutata esclusivamente nella dimensione della libertà di espressione, ma assume la struttura di atto lesivo della parità di trattamento.

4. Discorso d'odio, negazionismo e diritto penale: variazioni sul tema nella disciplina di tre ordinamenti europei.

4.1. La risposta dell'ordinamento tedesco alla negazione dell'Olocausto nel quadro della democrazia costituzionalmente protetta

L'esperienza del regime nazionalsocialista, gli orrori della Seconda Guerra mondiale e soprattutto l'Olocausto hanno lasciato profonde tracce nella memoria dello Stato tedesco, riflettendosi in modo evidente nel trattamento del discorso d'odio, in particolare nelle sue manifestazioni antisemite, soggette alle limitazioni più stringenti rispetto ad altre forme di *hate speech*. Tali tracce emergono chiaramente anche nella Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca (*Grundgesetz* o GG), adottata a Bonn nel 1949, e nella struttura dell'ordine costituzionale da essa disegnato⁴⁰⁹.

La democrazia tedesca costituisce l'archetipo del modello di democrazia "militante", che non accorda tutela alle forze antidemocratiche volte al rovesciamento dell'ordinamento: la GG è costellata di strumenti di autodifesa dell'assetto democratico, che culminano nell'articolo 18, primo comma, contenente la clausola di abuso del diritto, la quale prevede la perdita, sotto forma di decadenza pronunciata dal *BVerfGE*, di una serie di diritti fondamentali, tra cui la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione, di associazione e il diritto di proprietà⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, 163; M. ROSENFELD, *Hate speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*, in *Cardozo L. Rev.*, 2003, 1548.

⁴¹⁰ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., 165. La clausola di abuso del diritto non è l'unica garanzia attraverso cui si esprime la "militanza" della democrazia tedesca: vi è anche l'articolo 9, secondo comma, che vieta le formazioni associative i cui scopi o le cui attività contrastino con la legge penale, con l'ordinamento costituzionale e con il principio di comprensione tra i popoli; l'art. 21, secondo comma che afferma l'incostituzionalità di quei partiti che mirassero a pregiudicare e sovvertire l'ordine democratico e a mettere in pericolo la stabilità della Repubblica, incostituzionalità che deve essere dichiarata dal *BVerfGE*; e ancora, il diritto dei cittadini alla resistenza contro chi tenti di rovesciare l'ordine democratico, che occupa il ruolo di *extrema ratio*, quando ogni altro mezzo abbia fallito o non sia praticabile.

Nella Legge fondamentale assumono posizione apicale due valori, cui le altre libertà costituzionali sono funzionalmente subordinate: la dignità umana, intangibile ai sensi dell'articolo 1 GG, e l'ordine costituzionale, immutabile ai sensi del terzo comma dell'articolo 79 GG; entrambi devono essere protetti da ogni potere dello Stato in quanto pilastri dell'ordinamento tedesco⁴¹¹.

In tale contesto, la libertà di espressione è sancita dall'articolo 5 GG in termini molto ampi, in conseguenza della volontà di prevenire la resurrezione del totalitarismo, attraverso la più vasta garanzia possibile di informarsi, scambiare opinioni e idee⁴¹². Si tratta di una previsione composita, dalla quale si ricavano la libertà di opinione, di informazione, dell'arte, della scienza e della ricerca, di insegnamento, nonché la libertà di stampa e di informazione radiotelevisiva e cinematografica. Mentre le libertà artistica e scientifica godono di una tutela quasi illimitata, le altre sono sottoponibili a restrizioni, in particolare per la protezione della gioventù e dell'onore personale; la libertà di insegnamento, inoltre, è soggetta al dovere di fedeltà alla Costituzione⁴¹³.

Benché nell'ordinamento tedesco la libertà di espressione sia concepita anche in senso individualistico, quale strumento per lo sviluppo della personalità mediante il diritto di parlare, pensare e informarsi senza interferenze, essa risulta storicamente subordinata alla sua componente sociale o funzionalistica⁴¹⁴. Sulla base delle tre teorie giustificatrici della libertà di espressione, elaborate nella riflessione statunitense, anche in Germania essa è considerata condizione dell'autonomia individuale, strumento di ricerca della verità e soprattutto presupposto del *democratic self-government*, poiché consente lo scambio di idee e la formazione dell'opinione pubblica su questioni di

⁴¹¹ Il *Bunerverfassungsgericht* o BVerfGE, ossia la Corte costituzionale tedesca, in una sentenza fondamentale in materia di libertà di espressione, ossia il caso Lüth del 1958 ha affermato che la GG stabilisce un oggettivo ordine di valori incentrato sulla dignità della persona umana e sul suo libero sviluppo all'interno della società.

⁴¹² P. E. QUINT, *Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*, in *48 MD. L. Rev.*, 1989, 247, 248.

⁴¹³ GG, Art. 5.

⁴¹⁴ E. J. EBERLE, *Public Discourse in Contemporary Germany*, in *Case Western Reserve Law Review*, 1997, 47, no. 3: 797-902, 804-805.

interesse generale; di conseguenza, il discorso pubblico è ritenuto la forma più pregevole di manifestazione di tale libertà, seguito dall'arte e dalla scienza⁴¹⁵.

Tuttavia, a differenza dell'ordinamento americano, il primato della dignità umana e dell'ordine costituzionale democratico, unitamente all'eredità del passato nazista, legittimano in Germania una serie di eccezioni *content-based* alla libertà di espressione, relative alle espressioni che minacciano l'ordine democratico, che integrano *hate speech*, ossia la diffamazione di gruppo e l'incitamento all'odio⁴¹⁶. Ciò consente altresì di escludere l'applicazione del principio del *dead dogma* Milliano⁴¹⁷, con il diniego di protezione alle affermazioni di fatti consapevolmente falsi e chiaramente riconoscibili come tali.

4.2. Discorso d'odio e negazionismo nella legislazione penale e nella giurisprudenza costituzionale tedesca

Come accennato, le restrizioni alla libertà di espressione in Germania si concentrano in particolare sull'*hate speech* antisemita e sul negazionismo dell'Olocausto. Nel codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch* o *StGB*), risalente al 1871, sono previste diverse fattispecie incriminatrici cui è stato ricondotto ed è oggi inquadrato il fenomeno dei discorsi d'odio⁴¹⁸. Tra esse, le principali sono l'art. 140, n. 2 (apologia

⁴¹⁵ M. ROSENFELD, *Hate speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*, cit., 1549.

⁴¹⁶ E. J. EBERLE, *Public Discourse in Contemporary Germany*, cit., 807.

⁴¹⁷ M. ROSENFELD, cit., 1550. Utile per comprendere quanto il valore della dignità umana informi la libertà di espressione nell'ordinamento tedesco è anche questo passo di D. KOMMERS, *The Constitutional jurisprudence of the federal republic of Germany*, 1997, Duke University Press, 363: "First, the value of personal honour always trumps the right to utter untrue statements of fact made with knowledge of their falsity. If, on the other hand, untrue statements are made about a person after an effort was made to check for accuracy, the court will balance the conflicting rights and decide accordingly. Second, if true statements of fact invade the intimate personal sphere of an individual, the right to personal honour trumps freedom of speech. But if such truths implicate the social sphere, the court once again resorts to balancing. Finally, if the expression of an opinion—as opposed to fact—constitutes a serious affront to the dignity of a person, the value of personal honour triumphs over speech. But if the damage to reputation is slight, then again, the outcome of the case will depend on careful judicial balancing".

⁴¹⁸ L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazione e giustizia penale*, Napoli, 2019, 98; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, 1666. Rilevanti si possono considerare anche

di reato), gli artt. 185 e 186 (ingiuria e diffamazione), l'art. 189 (vilipendio della memoria dei defunti) e, soprattutto, l'art. 130, relativo all'“aizzamento del popolo” (*Volksverhetzung*).

Tale disposizione è frutto di una lunga elaborazione giuridica e di una serie di riforme susseguitesi nella seconda metà del Novecento. Il primo passo nella costruzione della fattispecie si ebbe con la legge regionale bavarese n. 14 del 13 marzo 1946 «contro l'ossessione razziale e l'odio etnico», collegata alla «legge sulla liberazione dal nazionalsocialismo e dal militarismo» del 5 marzo 1946⁴¹⁹, che puniva chi «con manifestazioni o atti da ossessione razziale o odio etnico inquieti la popolazione in modo da porre in pericolo l'ordine pubblico e pubblica sicurezza».

Dopo alcuni tentativi legislativi non andati a buon fine⁴²⁰, a seguito dell'incremento di gravi episodi di antisemitismo⁴²¹ e di un controverso caso giudiziario⁴²², maturarono le condizioni per l'introduzione della nuova fattispecie di *Volksverhetzung*, approvata all'unanimità dal *Bundestag* nel 1960⁴²³. La norma puniva chiunque aggredisse, in

l'articolo 166 in tema di vilipendio dei culti delle comunità religiose e delle associazioni ideologiche e l'articolo 241 che punisce la minaccia.

⁴¹⁹ Si veda J. LUTHER, *L'antinezionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2008, 5. Con essa il governo militare mirava a “assicurare basi permanenti ad una vita democratica degli stati tedeschi, in pace con il mondo”.

⁴²⁰ Si trattava di una proposta al *Bundestag* da parte dei socialdemocratici di una “legge contro i nemici della democrazia” del 15 febbraio 1950, poi ripresa da un analogo disegno di legge del Governo federale del 4 settembre 1950 ispirato al modello della democrazia militante. La proposta fu scartata e criticata per essere ritenuta il tentativo di imporre uno stato di polizia in un Paese che riteneva ormai di aver concluso il processo di denazificazione e che voleva guardare al futuro. Si veda J. LUTHER, *L'antinezionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., 6.

⁴²¹ Si trattò della profanazione della sinagoga e del monumento alle vittime del socialismo a Colonia nel dicembre del 1959.

⁴²² Si tratta del caso *Nieland*, che vide protagonista un imprenditore di Amburgo il quale distribuì duemila copie di un pamphlet a politici federali e membri del Parlamento, in cui si denunciava il complotto internazionale ebraico come causa delle due guerre mondiali, della diffusione della menzogna di Auschwitz e altre affermazioni ripugnanti di carattere antisemita che invitavano alla rimozione di tutti gli ebrei da posizioni di potere. Non esistendo ancora la fattispecie di incitamento all'odio, Nieland fu imputato ai sensi dell'articolo 93 StGB, ora abrogato, che puniva chi producesse e diffondesse scritti finalizzati ad ostacolare l'esistenza della Repubblica o alla soppressione delle libertà democratiche. Tale decisione provocò grandissimo scalpore e sdegno al punto che si narra che il sindaco di Amburgo si recò presso il Cancelliere Adenauer e che grazie all'intervento di quest'ultimo fu possibile la rapida approvazione del nuovo articolo 130. E. STEIN, *History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz" and Other "Lies"*, in *Michigan Law review*, 1986, 282.

⁴²³ Legge del 4. agosto. 1960, *Bundesgesetzblatt* 1960, I, 478. Nella versione originale del codice del 1871 tale fattispecie puniva l'incitamento all'odio tra le classi atto a turbare l'ordine pubblico. Per una

forme idonee a turbare la pace pubblica, la dignità umana altrui, (1) istigando all'odio contro parti della popolazione⁴²⁴, (2) esortando a compiere atti di violenza o di arbitrio nei loro confronti, (3) insultando, denigrando con malizia o calunniando le stesse.

L'applicazione giurisprudenziale chiarì che il cuore della fattispecie è l'aggressione alla dignità umana, mentre lo scopo perseguito è la protezione della pace pubblica. Il concetto di attacco alla dignità umana fu interpretato come negazione del diritto della vittima a vivere come pari nella comunità o come trattamento dell'individuo quale essere inferiore escluso dalla protezione della Costituzione⁴²⁵, potendo tale attacco essere integrato anche dall'adesione all'ideologia nazista⁴²⁶.

La nozione di "gruppo" fu estesa a categorie molto ampie (ebrei, cattolici, gruppi politici, soldati, giudici, *Gastarbeiter*, *Asylanten*, Sinti e Roma, persone di colore), mentre tra le espressioni ritenute sussumibili nella fattispecie figurò anche la "menzogna di Auschwitz"⁴²⁷.

In una sentenza del 1979, relativa alla distribuzione di volantini che negavano la gassificazione, il BVerfGE affermò che «[...] nessuno che neghi il fatto storico dello sterminio degli Ebrei durante il Terzo *Reich* può invocare la garanzia della libertà di opinione. Nessuno ha un interesse protetto dalla Costituzione a pubblicizzare affermazioni non veritiere»⁴²⁸. La Corte riconobbe che, in via generale, la mera presentazione di una falsa versione della realtà non costituisce ingiuria, ma affermò che, in casi eccezionali, poteva integrare una diffamazione, poiché la negazione

interessante ricostruzione si veda J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit. 11.

⁴²⁴ L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazione e giustizia penale*, cit., 98; I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., 87. Fu omessa la specifica dicitura "incitamento all'odio razziale", sull'assunto che nominare esplicitamente le caratteristiche protette nell'ambito di tale disposizione avrebbe creato un indebito privilegio rispetto ad alcuni gruppi sociali.

⁴²⁵ E. STEIN, *History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz" and Other "Lies"*, in *Michigan Law review*, 1986, 285.

⁴²⁶ J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2008, 5.

⁴²⁷ *Ibidem*, 6.

⁴²⁸ *Bundesgerichtshof in Zivilsachen*, 18 settembre 1979, 75, in E. STEIN, *History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz" and Other "Lies"*, cit., 288.

dell'Olocausto equivale a disconoscere il destino "inumano" e "unico" che accomuna gli Ebrei, diffamando al contempo ogni ebreo⁴²⁹.

Tuttavia, la giurisprudenza ritenne l'articolo 130 insufficiente a perseguire le condotte di negazionismo della Shoah, così come gli altri reati cui esse potevano talvolta essere ricondotte (articoli 185 e 189 StGB). Le difficoltà derivavano dal fatto che l'istigazione all'odio era finalizzata alla protezione della pace pubblica e si applicava solo al ricorrere delle modalità tipizzate di aggressione della dignità umana, non sempre presenti nelle condotte negazioniste. Anche l'articolo 131 StGB risultò inadeguato, poiché i comportamenti considerati non sempre presentavano la modalità "crudele o disumana" richiesta per l'integrazione della fattispecie⁴³⁰.

In tale vuoto normativo si affermò la distinzione tra "menzogna di Auschwitz semplice" e "menzogna di Auschwitz qualificata": la prima, non accompagnata da incitamento all'odio o aggressione della dignità umana, veniva sussunta nell'articolo 185 come diffamazione perseguibile a querela di parte; la seconda, caratterizzata da incitamento e aggressione alla dignità, rientrava nell'articolo 130⁴³¹.

Negli anni successivi furono avanzate diverse proposte per introdurre una fattispecie autonoma di incriminazione del negazionismo "semplice", senza successo. Una riforma rilevante intervenne nel 1985, con la modifica dell'articolo 130, mediante l'introduzione di un secondo comma che puniva la produzione e diffusione di opere dirette a incitare all'odio contro parti della popolazione o gruppi nazionali, razziali, religiosi o etnici, indipendentemente dal pericolo per l'ordine pubblico, con esplicitazione dei criteri di discriminazione. Fu altresì introdotta la perseguibilità d'ufficio della diffamazione nei confronti di persone defunte, vittime del regime nazista.

⁴²⁹ E. STEIN, *History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz" and Other "Lies"*, cit., 303.

⁴³⁰ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, 34-35. L'Art. 131 punisce la condotta di *Gewaltdarstellung*, consistente nella diffusione al pubblico di rappresentazioni di atti di violenza contro esseri umani, in modo tale da glorificare o banalizzare gli stessi, o in modo lesivo per la dignità umana.

⁴³¹ *Ibidem*; v. anche I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., 169.

La situazione si aggravò ulteriormente con la riunificazione del 1989, che determinò un incremento del negazionismo e dei reati violenti contro stranieri. In tale contesto maturò il caso *Deckert*, deciso dal *Bundesgerichtshof* il 15 marzo 1994. Nel 1991 Günter Deckert, presidente dell'NPD, presiedette a un "convengo" sul revisionismo invitando il negazionista Fred Leuchter, fungendo da interprete. Entrambi furono accusati ai sensi dell'articolo 130, ma il solo Deckert fu condannato in primo grado a un anno di reclusione.

La Corte Suprema Federale, il *Bundesgerichtshof* (BGH) ribaltò la condanna, affermando che la mera negazione dell'Olocausto non integrasse incitamento all'odio razziale ai sensi dell'articolo 130 StGB. Richiamando la distinzione tra negazionismo semplice e qualificato, la Corte ritenne che l'attività di traduzione di Deckert non fosse suscettibile nell'istigazione all'odio e che, in quanto "menzogna di Auschwitz semplice", non potesse essere punita ai sensi dell'articolo 130⁴³². Il caso fu rinviato al giudice di merito, che, sebbene condannò nuovamente Deckert, impose una sanzione assai lieve, qualificando la condotta come onesta espressione di opinioni politiche⁴³³.

Nel frattempo, il 13 aprile 1994, il Tribunale federale costituzionale si pronunciò sul caso *Auschwitzlüge*, all'origine del quale vi fu l'organizzazione da parte della NDP di una riunione, a cui fu invitato il negazionista britannico David Irving. Il comune di Monaco, luogo dell'evento, emanò un provvedimento che imponeva agli organizzatori di informare il pubblico, all'inizio dello stesso, in merito alla disciplina dei reati di cui agli articoli 130, 185 e 189 StGB (incitamento all'odio, ingiuria e offesa alla memoria dei defunti) e di sospendere immediatamente la riunione qualora si fossero realizzate tali condotte⁴³⁴.

Gli organizzatori proposero ricorso per violazione della libertà di espressione, ma il *BVerfGE* lo dichiarò manifestamente infondato. Con tale decisione la Corte fornì un contributo fondamentale al dibattito sull'incriminazione della negazione

⁴³² I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., 171.

⁴³³ S. DOUGLAS-SCOTT, *The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European approaches*, in *William and Mary Bill of rights Journal*, 1999, 321.

⁴³⁴ J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., 21.

dell'Olocausto “semplice”, ponendo le basi per il successivo intervento legislativo⁴³⁵. La sentenza affermò la compatibilità della punizione della negazione della Shoah con l'articolo 5 GG, fondando il proprio ragionamento sulla distinzione tra fatti e opinioni. La Corte chiarì che la libertà di espressione protegge tanto l'opinione, intesa come “relazione soggettiva tra l'individuo e il contenuto della sua affermazione”, quanto il fatto, quale “relazione obiettiva tra l'affermazione e la realtà”⁴³⁶, collocando le espressioni negazioniste nella seconda categoria. Tali espressioni, tuttavia, negano un fatto storicamente ed inconfutabilmente accertato e risultano quindi senza dubbio false, non svolgendo alcun ruolo utile nella formazione dell'opinione pubblica e costituendo, anzi, una lesione alla dignità e ai diritti della personalità del popolo ebraico⁴³⁷. Pertanto, riguardo ad esse, il rispetto dei diritti della personalità prevale tendenzialmente sulla libertà di espressione.

Ne consegue che la protezione delle affermazioni di fatto dipende dalla loro veridicità: quando la distinzione tra opinione e fatto risulta impossibile o troppo sottile, la garanzia costituzionale deve essere estesa per evitare una compressione eccessiva della libertà di manifestazione del pensiero⁴³⁸. Tale precisazione fu ricondotta dalla Corte allo schema del bilanciamento tra diritti costituzionali, nel quale i diritti della personalità entrano in una posizione di forza rispetto alla libertà di espressione, quando si tratta di espressioni di opinione ingiuriose o diffamatorie, o di affermazioni di fatto

⁴³⁵ *BVerfGE*, 13. April 1994, 1 BvR 23/94; E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical Denialism. Free Speech and the Limits of Criminal Law*. Berlin: Heidelberg, 2018, 129.

⁴³⁶ E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, 41.

⁴³⁷ *BVerfGE*, *ivi*, §§26-27. M. ROSENFELD, *Hate speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*, *cit.*, 1552.

⁴³⁸ *Ibidem*, §29.E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, *cit.*, 42: in realtà, è stato sottolineato come nei casi in cui si tratti dell'espressione di una opinione basata su una falsa affermazione di fatto, le Corti applicano il test del bilanciamento, che tende però a propendere a favore della limitazione della libertà di espressione, in quanto l'articolo 130 che punisce l'incitamento all'odio razziale e la diffamazione di gruppo costituisce una c.d. “general law” nel significato inteso dall'articolo 5 GG, che insieme alla protezione della gioventù e al diritto relativo all'onore della persona, fungono da limiti alla libertà in questione. E. J. EBERLE, *Public Discourse in Contemporary Germany*, *cit.*, 893.

false⁴³⁹. In conclusione, in presenza della lacuna legislativa, la Corte affermò che tali espressioni potevano essere punite in base agli articoli 185 e 194, StGB (v. §§46 e 51).

Il legislatore, sollecitato dall'opinione pubblica e dalle pronunce giudiziarie, intervenne il 28 ottobre 1994 modificando l'articolo 130 StGB, mediante l'introduzione di un terzo comma che, nella formulazione attuale, punisce chiunque apprezzi, neghi o banalizzi, in modo idoneo a turbare la pace pubblica, in pubblico o in una riunione, i fatti di cui all'art. 6, par. 1, *VStGB* (Codice tedesco dei crimini contro il diritto internazionale), commessi durante il regime nazionalsocialista. Fu adottata una definizione ampia di negazionismo, comprensiva di tre diverse tipologie di condotte⁴⁴⁰, con una parziale eliminazione del requisito dell'aggressione alla dignità umana per la punizione della "menzogna di Auschwitz"⁴⁴¹, che venne così perseguita anche nella sua forma "semplice", priva dell'intenzione di ledere la dignità delle vittime⁴⁴². Nonostante, come menzionato poc'anzi, il legislatore fu fortemente stimolato all'introduzione di tale fattispecie a seguito del clamore mediato suscitato dal caso Deckert nel 1994, la disposizione attirò diverse critiche da parte della dottrina tedesca, una di queste avente ad oggetto proprio la scarsa determinatezza dei termini "negazione" e "minimizzazione"⁴⁴³.

⁴³⁹ *BVerfGE*, *ivi*, §31. La sentenza rischia di limitare eccessivamente la libertà di espressione: in Germania le asserzioni di fatto non godono della stessa tutela delle espressioni di opinione, perché le prime sono protette o meno in base ad un criterio che è quello della veridicità. Ma quali strumenti ha un giudice per stabile quando un fatto storico sia effettivamente vero?

⁴⁴⁰ E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical Denialism. Free Speech and the Limits of Criminal Law*, ct.m 130 Per quanto riguarda specificamente la condotta di banalizzazione essa include sia la banalizzazione quantitativa (sottostimare il numero di ebrei uccisi) e qualitativa (affermare che l'Olocausto non sia stato "così tragico" od orribile come viene descritto). In questa condotta rientra anche la giustificazione dei crimini nazisti come la naturale ed inevitabile conseguenza di azioni militari o di polizia.

⁴⁴¹ Si è parlato di un legislatore che getta alle ortiche la prudenza, con l'eliminazione di questo requisito e la scelta del bene giuridico sotteso al reato di negazionismo nella pace pubblica, qui trasfigurata nell'impalpabile protezione dall'avvelenamento del clima politico. M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, 109.

⁴⁴² I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., 174.

⁴⁴³ E. GARRO CARRERA, *Hate crimes and hate speech in Germany: mapping of legal provisions and the interpretation of case law*, in, J.M. Landa Garostiza, E. Garro Carrera, M. Anderz Belategi. I. Gordon Benito, *Hate crimes in comparative legal perspective*, 2024, Elgar Publishing, 63.

Quanto all'ambito applicativo, la fattispecie venne circoscritta ai soli crimini perpetrati dal regime nazionalsocialista, escludendo i genocidi e i crimini contro l'umanità in generale, a differenza dell'approccio francese⁴⁴⁴. In particolare, rientrano nella norma i crimini nazisti previsti dall'art. 6, *VStGB*, includendo non solo il genocidio degli ebrei, ma anche le azioni contro membri di minoranze etniche, religiose, razziali e nazionali, come i Sinti e i Roma. Restano invece esclusi i crimini contro le persone disabili perché esse non rientrano nella definizione di minoranze nel senso sopra illustrato⁴⁴⁵.

Ulteriori requisiti sono rappresentati dalla pubblicità della condotta e dall'idoneità al turbamento della pace pubblica. Quest'ultima è concepita in una duplice dimensione, oggettiva (assenza di violenza tra gruppi sociali) e soggettiva (sentimento di sicurezza dei cittadini). Dottrina e giurisprudenza ammettono che «la pace pubblica può essere messa in pericolo tanto da una minaccia verso uno stato effettivo di sicurezza, quanto da una minaccia verso il sentimento di pubblica sicurezza», configurando un reato di pericolo astratto-concreto o potenziale⁴⁴⁶. Parte della dottrina ritiene che proprio la valorizzazione di questo requisito, sorretta da un'interpretazione restrittiva della disposizione normativa, possa consentirne una delimitazione sufficiente a raggiungere un corretto bilanciamento con la libertà di espressione.

Sebbene nel comma terzo dell'articolo 130 il riferimento espresso alla dignità umana sia stato eliminato, è opinione diffusa nella dottrina italiana occuparsi di questa disciplina che la fattispecie di negazionismo, così come quella di istigazione all'odio razziale (sez. 130, comma primo 1, n.1), presenti carattere plurioffensivo e condivida con il reato di diffamazione di gruppo (sez. 130, comma primo, n. 2) l'idoneità a ledere i diritti della personalità delle vittime, ossia la loro dignità⁴⁴⁷. Tale bene giuridico può

⁴⁴⁴ V. *infra* per il comma quinto dell'art. 130.

⁴⁴⁵ E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical Denialism. Free Speech and the Limits of Criminal Law*, cit., 131-132.

⁴⁴⁶ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 38.

⁴⁴⁷ E' stato osservato come la quiete pubblica sia un bene giuridico "meno efficace" nel giustificare l'incriminazione: a differenza della dignità umana, bene apicale dell'ordinamento costituzionale tedesco, sancita dai primi due articoli della GG, è più difficile trovare in essa un "appiglio" che obblighi i poteri dello Stato a tutela la pace pubblica: un altro problema è rappresentato dal fatto che essa costituisce un bene ambiguo ed eterogeneo, dal carattere puramente collettivo: per esempio, alcune

essere declinato diversamente: o come “pretesa di rispetto” delle vittime e dei loro discendenti, oppure come diritto dell’intero popolo ebraico al riconoscimento di un fatto storico fondativo della propria identità⁴⁴⁸.

La valutazione dell’idoneità della condotta a turbare la pace pubblica «sarà influenzata dalla particolare geometria dell’oggetto giuridico accolta dall’interprete»⁴⁴⁹; il cuore dell’accertamento rimane comunque il turbamento della pace pubblica, dunque, secondo alcuni autori da valutarsi tendenzialmente in concreto⁴⁵⁰. A differenza del *clear and present danger test* americano, non è richiesto un pericolo imminente, essendo sufficiente una minaccia potenziale⁴⁵¹.

Nel 2005 è stato introdotto il quarto comma dell’articolo 130, che punisce chi disturba la pace pubblica, violando la dignità delle vittime, approvando, glorificando o giustificando la tirannia e l’arbitrio del regime nazionalsocialista. Tale norma è stata dichiarata compatibile con la *GG* dal *BVerfGE* nel 2008, in relazione al divieto di una manifestazione in memoria di Rudolf Hess. La Corte ha riconosciuto la natura di legge speciale della norma, giustificata come eccezione necessaria al principio di generalità delle leggi limitative della libertà di espressione, quale tributo alla terribile lezione della storia tedesca⁴⁵².

declinazioni della pace pubblica, che sono state proposte come ulteriori interessi protetti dalla norma in esame, ossia la preservazione del clima socio politico dall’avvelenamento del discorso negazionista e dell’incitamento all’odio razziale a salvaguardia di una società pluralista e multiculturale, sono state criticate per la loro eccessiva vaghezza L. GOISIS, *Crimini d’odio. Discriminazione e giustizia penale*, Napoli, 2019, 95-96.

⁴⁴⁸ *OLG Celle*, Urt. v. 16.08.2019, 2 Ss 55/19, «*Der öffentliche Friede umfasst den Zustand allgemeiner Rechtssicherheit und des befriedeten Zusammenlebens der Bürger sowie das Bewusstsein der Bevölkerung, in Ruhe und Frieden zu leben*». E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 40.

⁴⁴⁹ *Ibidem*

⁴⁵⁰ Tuttavia, secondo alcune interpretazioni, trattandosi di un reato di pericolo astratto, non sarà necessario un effettivo pericolo di turbamento della pace pubblica; secondo una diversa interpretazione, che inquadra i reati come di pericolo-astratto concreto, non è necessario che il fatto metta in concretamente in pericolo la pace pubblica, ma è sufficiente la sua generale pericolosità.

⁴⁵¹ I. SPIGNO, *Discorsi d’odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., 178; per un esempio delle modalità di applicazione di questo reato come fattispecie di pericolo astratto da parte della giurisprudenza, si veda il caso di un cittadino tedesco naturalizzato australiano, condannato per aizzamento del popolo, per condotte tenute online. J. LUTHER, *L’antinegazionismo nell’esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., 22.

⁴⁵² I. SPIGNO, *Discorsi d’odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit. 176.

Si trattava, evidentemente di un'espansione dell'area della punibilità di condotte espressive, attraendo al suo interno anche condotte con un oggetto, se si vuole, più generico e vasto del diniego o glorificazione di specifici crimini commessi dal regime nazionalsocialista, espressamente tipizzati dall'art. 6 del Codice tedesco dei crimini di diritto internazionale, seppur ancora limitata allo specifico ambito dell'esperienza del terzo *Reich*, in qualche modo dunque coerente con quel principio della particolare responsabilità storica e morale per gli Stati protagonisti e promotori della tragica stagione del Totalitarismo del primo Novecento che fonderebbe obblighi rafforzati di tutela penale.

Si segnalano, inoltre, altre due differenze rispetto al reato previsto dal comma precedente, che costituiscono ulteriori elementi che controbilanciano la genericità e l'ampiezza del tema oggetto di negazione. In primo luogo, questa disposizione non prevede la condotta di minimizzazione grossolana, in secondo si tratta di un reato di danno, in quanto non è sufficiente che le condotte previste siano idonee a turbare la pace pubblica, bensì tale turbamento deve effettivamente essersi verificato.

Tale *self-restraint* dimostrato dal legislatore tedesco rispetto agli omologhi europei, tuttavia, era destinato ad attenuarsi negli anni successivi, anche sotto la spinta impressa dal diritto comunitario, e in particolare, dalla già citata decisione quadro 2008/93/GAI⁴⁵³, e pare oggi che lo stesso si stia allineando alla più ampia tutela della dignità umana contro i discorsi d'odio diffusa tra gli ordinamenti dell'Europa occidentale che saranno esaminati nel prosieguo. Risale infatti ad appena tre anni fa, l'introduzione di un quinto comma all'art. 130 StGB che punisce la condotta di chi offende, fa apologia o minimizza grossolanamente i crimini internazionali citati dalle sezioni da 6 a 12 del Codice tedesco per i crimini di diritto internazionale; queste sezioni contengono le definizioni normative delle tre tipologie di crimini

⁴⁵³ Si noti che nell'ottobre del 2022 era stata avviata una procedura di infrazione nei confronti della Germania da parte della commissione europea per non aver implementato correttamente la citata decisione quadro, limitandosi i commi terzo e quarto dell'art. 130 ai soli fatti afferenti al regime nazionalsocialista. V. E. GARRO CARRERA, *Hate crimes and hate speech in Germany: mapping of legal provisions and the interpretation of case law*, cit. 73.

internazionali, genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, inclusi anche nello Statuto della corte penale internazionale.

La notevole estensione dell'oggetto delle condotte espressive è però temperato dalla previsione di una serie di paletti. In primo luogo, la negazione, l'approvazione o la minimizzazione⁴⁵⁴ devono riguardare crimini compiuti contro uno dei gruppi di persone contraddistinte dalle caratteristiche tipizzate nel primo comma, ossia la nazionalità, la religione, la razza e l'origine etnica. In secondo luogo, gli atti devono essere idonei a istigare all'odio o alla violenza contro un individuo o un gruppo così come precedentemente descritto nonché a produrre un turbamento della pace pubblica. La pena prevista è la reclusione fino a tre anni, ovvero, in alternativa, la multa.

Si aggiunge che è pacificamente ritenuto che l'articolo 130 protegga anche dall'istigazione all'odio e dalla diffamazione di gruppo basata sull'orientamento sessuale, sebbene le proposte di riforma volte a inserire espressamente tale criterio non siano andate a buon fine, tra cui quella del Consiglio federale del 18 aprile 2012, n. 17/9345⁴⁵⁵.

In conclusione, si segnala un'ultima integrazione della disciplina in esame nell'ordinamento tedesco, ossia l'introduzione nel 2021 del nuovo art. 192a del StGB, rubricato *Verhetzende Beleidigung*, che punisce chiunque faccia pervenire a un'altra persona, appartenente a uno dei gruppi di seguito indicati, senza che costei glielo abbia richiesto, un contenuto idoneo ad aggredire la dignità umana altrui, in quanto offende, denigra in modo malevolo o diffama un gruppo determinato dalla sua nazionalità, origine razziale, origine religiosa o origine etnica, dal suo orientamento ideologico (*Weltanschauung*), dalla sua disabilità o dal suo orientamento sessuale, ovvero un singolo individuo a causa della sua appartenenza a uno di tali gruppi, è punito con la pena detentiva fino a due anni o con la pena pecuniaria⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Quest'ultima peraltro deve essere necessariamente "grossolana", al contrario della condotta di minimizzazione prevista dal terzo comma, per cui è sufficiente una forma ordinaria di minimizzazione

⁴⁵⁵ L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazione e giustizia penale*, cit., 105.

⁴⁵⁶ Traduzione di chi scrive.

La fattispecie fu introdotta a seguito del tragico attentato verificatosi ad Hanau il 19 febbraio 2020 di matrice razzista e xenofoba, quanto un estremista di destra uccise nove persone e ne ferì diverse altre in una sparatoria.

È stato rilevato come lo scopo della disposizione sia quello di colmare una lacuna data dalla non perfetta complementarità tra l'art. 185 del StGB che punisce l'ingiuria e l'art. 130, primo comma, che non consentiva di sussumere in alcuna di queste fattispecie le condotte descritte dal dispositivo appena riportato, in quanto l'insulto presuppone che la condotta sia indirizzata ad uno specifico destinatario determinato o determinabile, laddove l'incitamento all'odio richiede che la condotta sia idonea a disturbare la pace pubblica, ossia sia in grado di raggiungere un pubblico più ampio di un singolo destinatario⁴⁵⁷.

4.3. L'interpretazione costituzionale spagnola in materia di libertà di espressione tra fatto e opinione: un cambio di rotta.

La libertà di manifestazione del pensiero in Spagna è garantita dall'articolo 20 della Costituzione del 1978, comprendente una pluralità di declinazioni della libertà, analogamente all'articolo 5 della *Grundgesetz* tedesca.

Il primo comma riconosce in termini ampi il diritto a «esprimere e diffondere liberamente il pensiero, le idee e le opinioni per mezzo della parola, degli scritti o con qualunque altro mezzo di riproduzione», cui seguono la libertà artistica, scientifica, di ricerca e di insegnamento, nonché la libertà di comunicare e ricevere informazioni veritiere attraverso qualsiasi mezzo di diffusione. Il *Tribunal Constitucional* ha più

⁴⁵⁷ E. GARRO CARRERA, *Hate crimes and hate speech in Germany*, cit., 75.

volte chiarito che l'ambito protetto dall'articolo 20 va inteso in senso estensivo, includendo anche credenze e giudizi di valore⁴⁵⁸.

Il secondo comma vieta qualsiasi forma di censura preventiva; il terzo introduce una riserva di legge in ordine alla disciplina del controllo parlamentare sui mezzi di comunicazione pubblici, da esercitare nel rispetto del pluralismo sociale e linguistico del Paese; il quinto stabilisce una riserva di giurisdizione per il sequestro di pubblicazioni, registrazioni o altri mezzi di comunicazione.

La Costituzione accoglie una duplice dimensione della libertà di espressione: essa è, da un lato, diritto della persona, radicato nella natura umana, presupposto per lo sviluppo individuale ed espressione della dignità; dall'altro, è diritto funzionale alla dimensione pubblica e collettiva, inscindibilmente legato alla forma democratica, in quanto condizione per il controllo, da parte del popolo sovrano, sull'operato dei governanti eletti⁴⁵⁹.

Come in molte Costituzioni europee, l'articolo 20 prevede limiti alla libertà di espressione. Essi sono di duplice natura: limiti espliciti, indicati al quarto comma, e limiti impliciti, elaborati dal *Tribunal Constitucional*. I limiti espliciti comprendono il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione e delle norme che ne disciplinano l'esercizio, in particolare il diritto all'onore, centrale nel rapporto tra libertà di espressione e discorsi d'odio, alla vita privata, all'immagine, nonché la protezione della gioventù e dell'infanzia.

Nel definire i limiti impliciti, il *Tribunal Constitucional* ha affermato che l'elenco del quarto comma non è tassativo, potendo altri diritti e interessi fungere da limite alla libertà di espressione. Sono stati così riconosciuti, tra i limiti impliciti, il rispetto della morale pubblica, i segreti di Stato e i discorsi idonei a porre in pericolo l'ordine costituzionale democratico. Con specifico riguardo ai discorsi d'odio, il *Tribunal* ha stabilito che le affermazioni offensive che assumono la forma dell'insulto non sono

⁴⁵⁸ A. G. CUENCA, *El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, 2015, 238.

⁴⁵⁹ J.M. LÓPEZ ULLA, *Libertad de expresión y discurso del odio*, in *Fragmentum*, 2018, 139–161, 141.

protette dall'articolo 20, poiché si scontrano con il diritto all'onore, salvo l'ipotesi, strettamente delimitata, in cui le affermazioni siano veritiere⁴⁶⁰.

Applicando tali principi ai discorsi d'odio, in particolare alle espressioni razziste e antisemite connesse al negazionismo, il *Tribunal* ha precisato che, quando l'espressione non si limiti alla mera negazione di fatti storici, a prescindere dalla loro veridicità o dal grado di accertamento, ma persegua lo scopo di umiliare, manifestare disprezzo e incitare all'odio o alla discriminazione verso un gruppo o una minoranza, in ragione dell'appartenenza nazionale, razziale, etnica o religiosa, essa esula dalla protezione dell'articolo 20⁴⁶¹.

Rispetto al modello tedesco, emerge una differenza fondamentale: l'ordinamento spagnolo non è qualificabile come democrazia "protetta" o "militante", non essendo prevista una clausola di abuso del diritto analoga all'articolo 18 GG. Ciò comporta, come si vedrà, un approccio differente del *Tribunal Constitucional* rispetto al *Bundesverfassungsgericht*, soprattutto in materia di negazionismo dell'Olocausto.

Sul piano penalistico, il 1995 segna una svolta. Prima di tale data, il codice penale non conteneva norme specifiche contro condotte improntate a razzismo e xenofobia. Con la *Ley Orgánica* n. 10/1995, il legislatore introduce un ampio ventaglio di fattispecie antidiscriminatorie, che rendono la disciplina spagnola tra le più ricche in Europa⁴⁶².

Alla formazione della *normativa penal antixenófoba* concorrono fattori esterni ed interni. Tra i primi, l'esigenza di adeguare l'ordinamento agli obblighi di criminalizzazione o alle raccomandazioni in tema di *hate speech* provenienti dal diritto internazionale e regionale⁴⁶³. Peraltro, si sottolinea come, in una prospettiva di dialogo

⁴⁶⁰ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio*, cit., 446.

⁴⁶¹ *Trib. Const.* N. 105/1990. *Trib Const.* N. 214/1991, *Caso Violeta Friedman*; *Trib Const.*, N. 176/1995, *Caso Còmic Hitler-SS*.

⁴⁶² L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 121 s.

⁴⁶³ A. TORRES PÉREZ, *La negación del genocidio ante la libertad de expresión: las inconsistencias de la stc 235/2007 al descubierto*, in *Revista Vasca de Administracion Publica*, 2007, 169. Alcuni di questi sono stati analizzati nel paragrafo precedente. La stessa sentenza del *Tribunal Constitucional* no. 235/2007, fa riferimento all'articolo 20, secondo comma del Patto internazionale per i diritti politici e civili che dichiara che debbano essere punite tutte le forme di apologia dell' odio nazionale, razziale o religioso che costituiscano incitamento alla discriminazione, all'ostilità e alla violenza, nonché all'articolo 5 della Convenzione delle Nazioni Unite per la prevenzione e punizione del crimine di genocidio con la quale gli Stati si sono impegnati a introdurre sanzioni penali efficaci per punire le

tra corti, la legge organica spagnola che introduce per la prima volta la fattispecie di negazione del genocidio sia emanata un anno dopo la celebre sentenza del *BVerfGE* sulla “*menzogna di Auschwitz*”.

Tra i fattori interni, si segnala la grande ondata migratoria successiva alla fine della dittatura e alla crisi petrolifera degli anni '80, che trasforma la Spagna in Paese di immigrazione, con conseguente pluralizzazione etnica e culturale e incremento di episodi, di razzismo e xenofobia.

Un ulteriore impulso decisivo alla nuova normativa, specialmente in tema di negazionismo, proviene dalla giurisprudenza. Tra il 1991 e il 1995, due casi assumono rilievo particolare.

Il primo è il *recurso de amparo*⁴⁶⁴ proposto da Violeta Friedman, ebrea sopravvissuta ad Auschwitz. Ella lamentava la violazione del proprio diritto all'onore a causa delle dichiarazioni, di segno chiaramente antisemita, di Léon Degrelle, ex comandante delle *Waffen-SS* e residente in Spagna. In tali dichiarazioni, pubblicate sulla rivista *Tiempo* nel 1985, si metteva in dubbio l'esistenza dell'Olocausto, qualificando come bugiardi e “vittimisti” gli ebrei che avevano subito tali orrori⁴⁶⁵. La questione sottoposta al *Tribunal Constitucional* verteva sulla possibilità che tali affermazioni negazioniste fossero coperte dalla libertà di espressione. Il *Tribunal* affermò che la Costituzione

persone responsabili di genocidio di istigazione diretta e pubblica a commetterlo. Anche il modello di legge, contenuto nella Raccomandazione n. 453 del 27 gennaio 1967, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che sollecitava a introdurre mezzi contro l'incitamento alla violenza razziale, etnica e religiosa, esercitò un'influenza importante sulla legislazione penale antixenofoba spagnola e di vari Paesi Europei.

⁴⁶⁴ A. G. CUENCA, *El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, 2015, 326. Si noti tra l'altro che Il *Tribunal Constitucional* ampliò la concezione di interesse legittimo di cui il ricorrente deve essere titolare per aver legittimazione attiva a ricorrere, radicando tale interesse proprio nel diritto all'onore della ricorrente e respingendo l'orientamento del *Tribunal Supremo* che aveva precedentemente respinto il ricorso della signora Friedman perché sosteneva che essa non avesse un interesse diretto a ricorrere in quanto non era la diretta destinataria delle offese. Il *Tribunal Constitucional*, proprio con riferimento ad una declinazione collettivista del valore, tradizionalmente personalista dell'onore affermò che: «*el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución, no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados*» (FJ 6).

⁴⁶⁵ J.M. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es conducta punible. Comentario de la STC 235/2007* in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2009, 307.

protegge la libertà di espressione anche quando si dirige contro la stessa Costituzione e che i dubbi o le opinioni sulla condizione degli ebrei nei campi di concentramento, per quanto ripugnanti e falsificatrici della verità storica, rientrano nell'ambito della libertà di espressione, in particolare nella sua declinazione di libertà di coscienza garantita dall'articolo 16, trattandosi di opinioni soggettive su eventi storici⁴⁶⁶, segnando così un netto scostamento dall'impostazione tedesca.

Tuttavia, la libertà di espressione non è assoluta: la libertà di coscienza non include il diritto a diffondere una certa lettura dei fatti storici con l'intento deliberato di disprezzare o discriminare persone o gruppi in ragione della loro appartenenza etnica o razziale. Il diritto all'onore (art. 18 Cost.) e la dignità della persona costituiscono limiti effettivi alla libertà di espressione⁴⁶⁷. La Corte concluse quindi che ciò che deve essere censurato sono i giudizi offensivi sugli ebrei, qualificati come affermazioni a chiara connotazione razzista e antisemita, configuranti una «*incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos*»⁴⁶⁸.

Il secondo caso è una decisione del *Tribunal Supremo* relativa allo status di rifugiato politico chiesto dallo scrittore negazionista Gerd Honsik⁴⁶⁹, condannato in Austria a 18 mesi per il libro *Assoluzione di Hitler* e per articoli sulla rivista *Halt* nei quali

⁴⁶⁶ *Trib Const.* N. 214/1991, (FJ 8) «*las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean —y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia—, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, [...] sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos*».

⁴⁶⁷ Il medesimo orientamento è espresso, in termini pressoché identici, anche nel caso *Makoki*, *Trib. Const.*, 176/1995: il *Tribunal* respinse il *recurso de amparo* relativo al caso di Felipe Borralló Rubio, direttore delle pubblicazioni della casa editrice *Makoki*, condannato per i reati di *injurias graves* (art. 458 c.p.) e di *escarnio de confesión religiosa* (art. 209 c.p.) per aver pubblicato in Spagna il fumetto negazionista francese *Hitler = SS*. I giudici costituzionali, pur ribadendo che «*la Constitución protege también a quienes la niegan*» e che «*la libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo*» (FJ 2), esclusero che l'apologia degli assassini e la glorificazione delle loro azioni, al costo dell'umiliazione delle loro vittime, ricadano nell'ambito di protezione della libertà di espressione, in quanto «*un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional*» (FJ 5).

⁴⁶⁸ *Trib Const.* N. 214/1991 (FJ 8), cit.

⁴⁶⁹ *STS, Sección 7º*, 1º aprile 1995, FJ5.

negava l'Olocausto e l'esistenza delle camere a gas. Nel 1993, la *Audiencia Nacional* respinse tale richiesta. Nel ricorso al *Tribunal*, Honsik lamentò di essere stato privato della propria libertà di espressione e che l'aver subito una condanna per la pubblicazione di un libro avrebbe dovuto farlo rientrare nei requisiti legali per ottenere l'asilo. Il *Tribunal Supremo* respinse il ricorso, ritenendo che le sue affermazioni non costituissero una mera teoria storica minoritaria priva di connotazioni razziste, bensì una vera e propria apologia del nazismo e dei mezzi brutali impiegati dal regime⁴⁷⁰.

Particolarmente rilevante è l'opinione dissenziente (*voto particular*) del giudice Vicente Conde, che anticipa la sua successiva posizione quale giudice del *Tribunal Constitucional*: egli contestò l'automatica equiparazione tra negazione di un fatto storico e difesa dell'ideologia che lo ha generato, sostenendo che negare l'Olocausto non equivalga a realizzare una apologia del nazismo.

Pur fungendo da stimolo alla riforma penale del 1995 queste pronunce mostrano come fossero già presenti nella giurisprudenza spagnola i germi delle argomentazioni che condurranno, con la sentenza n. 235/2007, alla dichiarazione di incostituzionalità del reato di “mero” negazionismo del genocidio⁴⁷¹.

La riforma del 1995 dotò l'ordinamento spagnolo di uno dei più articolati “arsenali” penali contro le condotte discriminatorie, sia per la quantità delle fattispecie introdotte, sia per l'ampiezza dei *grounds of discrimination* considerati⁴⁷². Tra le nuove ipotesi di apologia, istigazione e provocazione, due assumono rilievo centrale in relazione ai discorsi d'odio: l'articolo 510 e l'articolo 607.

L'articolo 510, nella sua versione originaria (poi emendata nel 2015), prevedeva la pena della reclusione da uno a tre anni e una multa per chi provocasse discriminazione, odio o violenza contro gruppi o associazioni per motivi razzisti, antisemiti o comunque legati all'ideologia, alla religione, alla situazione familiare, all'appartenenza etnica o razziale, all'origine nazionale, al genere, all'orientamento sessuale, alla malattia o alla

⁴⁷⁰ J.M. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es conducta punible. Comentario de la STC 235/2007*, cit., 309.

⁴⁷¹ J.M. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es conducta punible. Comentario de la STC 235/2007*, cit., 314.

⁴⁷² L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazione e giustizia penale*, cit., 120 s.

disabilità. La medesima pena era prevista per chi, con consapevolezza della falsità e temerario disprezzo per la verità, diffondesse informazioni offensive su gruppi o associazioni in relazione alla loro ideologia, religione, credo o appartenenza etnica.

La disposizione più controversa fu, tuttavia, l'articolo 607, rubricato "Delitti di genocidio". Il primo comma descriveva le condotte costitutive del genocidio, mentre il secondo individuava l'elemento soggettivo, ossia la volontà di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso. Il secondo comma puniva inoltre con la reclusione da uno a due anni la diffusione, con qualsiasi mezzo, di idee o dottrine che negassero o giustificassero i delitti di genocidio, ovvero che tentassero la riabilitazione di regimi e istituzioni protettivi di tali pratiche.

Questa fattispecie risultava sensibilmente più ampia rispetto a quella prevista dal terzo comma dell'articolo 130 StGB: l'oggetto della condotta incriminata era qualunque genocidio, non solo quello nazista, e mancavano elementi qualificanti e restrittivi come la pubblicità della condotta o la sua idoneità a ledere la pace pubblica, che caratterizzano invece il modello tedesco.

La dottrina penalistica si divise profondamente su tale previsione, che attrasse forti critiche per aver, secondo una parte prevalente degli studiosi, oltrepassato i limiti dello *ius puniendi*⁴⁷³: si sarebbe trattato della criminalizzazione della mera diffusione di idee, configurando una interferenza inammissibile nella libertà di espressione e, in particolare, nella libertà di coscienza, indipendentemente dal carattere riprovevole dei contenuti⁴⁷⁴.

Ulteriori difficoltà sorsero nell'individuazione del bene giuridico tutelato in quanto, secondo una prima ricostruzione, la norma proteggeva semplicemente uno stato di

⁴⁷³ A. TORRES PÉREZ, *La negación del genocidio ante la libertad de expresión: las inconsistencias de la stc 235/2007 al descubierto*, cit., 170. Viene anche fatto notare come parte della dottrina tentò di salvare la norma di cui al secondo comma dell'articolo 607, suggerendo di interpretarlo come apologia del genocidio, nella forma di istigazione diretta. Ciò, tuttavia, non è possibile perché come ha correttamente spiegato il TC, esiste già una fattispecie che incrimina tale apologia, l'articolo 615 del codice, inoltre l'apologia consiste in condotte che esaltino il crimine ed elogino il suo autore. Nulla di ciò è richiesto nella versione originale dell'articolo 607, comma secondo.

⁴⁷⁴ B. FEIJOO SANCHEZ, *Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal)*, in, *La Ley*, 1998, 10-11.

tranquillità e un clima di sicurezza e non violenza; in questa prospettiva, la fattispecie si iscriverebbe nel diritto penale simbolico, con una funzione essenzialmente pedagogica più che di effettiva protezione di beni giuridici determinati⁴⁷⁵. Altri autori individuarono invece il bene giuridico nella dignità umana e nel principio di uguaglianza, valori supremi dell'ordinamento spagnolo: la negazione del genocidio veicolerebbe un messaggio di odio e disprezzo verso il gruppo che lo ha subito, ledendone la dignità. A tale impostazione si obiettò che tali valori sarebbero troppo indeterminati come *rationes* giustificative della fattispecie e che la rilevanza penale dovrebbe emergere solo quando la negazione o giustificazione del genocidio sia idonea a rafforzare in concreto la posizione di disuguaglianza sociale dei gruppi vulnerabili⁴⁷⁶.

Un'ulteriore proposta individuò nel bene giuridico tutelato l'ordine pubblico, cercando di avvicinare la fattispecie al modello tedesco: il reato, qualificabile come reato di pericolo astratto, si sarebbe integrato solo in presenza di condotte idonee a generare un clima di ostilità e violenza contro le vittime del genocidio. Anche questa lettura fu criticata per l'assenza di un preciso fondamento testuale e per l'eccessiva anticipazione della tutela penale rispetto a condotte molto distanti dall'effettiva lesione del bene⁴⁷⁷.

Un altro filone del dibattito riguardò il rapporto tra l'articolo 607, secondo comma, l'articolo 510 (incitamento all'odio e alla violenza) e l'articolo 18 (apologia di delitto). Fu proposta un'interpretazione che riconduceva la negazione e la giustificazione del genocidio all'apologia di delitto, con la conseguenza di punire tali condotte solo quando si manifestassero in un contesto di incitamento diretto a delinquere⁴⁷⁸. Tale

⁴⁷⁵ J.M. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es conducta punible. Comentario de la STC 235/2007*, cit., 314. L'autore è molto polemico rispetto all'introduzione di questa fattispecie, in quanto sostiene che la Spagna era all'epoca appena sfiorata dal fenomeno negazionista e non ci fosse alcun pressante bisogno sociale (forse un riferimento alla necessità in una società democratica, secondo i canoni della Corte di Strasburgo), per introdurre una simile fattispecie, se non motivazioni puramente politiche come il fatto che "*entre nosotros pesa todavía el complejo de demócratas recién llegados al club*".

⁴⁷⁶ A. TORRES PÉREZ, *La negación del genocidio ante la libertad de expresión: las inconsistencias de la stc 235/2007 al descubierto*, cit., 173.

⁴⁷⁷ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio*, cit., 452:453.

⁴⁷⁸ E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical Denialism. Free Speech and the Limits of Criminal Law.*, Berlin, Heidelberg, 2018, 141. L'articolo 18 infatti distingue tra apologia e provocazione a commettere un delitto: la prima si ha quando si espongono ad un gruppo di persone, attraverso ogni mezzo di diffusione, idee e dottrine che esaltano un determinato crimine. La seconda invece si ha quando si incita direttamente alla commissione di un crimine. La norma chiarisce che l'unica apologia punibile

soluzione mirava a restringere l'area del penalmente rilevante, ma risultava difficilmente conciliabile con il dato letterale dell'articolo 607.

Si giunse così, nel 2007, alla sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 235/2007 che dichiarò incostituzionale il reato di negazionismo dell'Olocausto. La questione di costituzionalità traeva origine dalla condanna del libraio di Barcellona Pedro Varela Geis, sanzionato a due anni di reclusione ai sensi dell'articolo 607, secondo comma, e a tre anni per incitamento alla discriminazione, all'odio razziale e alla violenza, per aver diffuso tramite la propria libreria, anche online, libri e pubblicazioni che negavano l'Olocausto e definivano gli ebrei come "esseri inferiori". Mentre in primo grado il *Juzgado* di Barcellona⁴⁷⁹ aveva rifiutato di sollevare la questione, essa fu proposta in appello dalla *Audiencia Provincial* in relazione al contrasto tra l'articolo 20 della Costituzione e l'articolo 607, secondo comma.

In primo luogo, il *Tribunal Constitucional* esclude la riconducibilità delle condotte dell'art. 607 nell'ambito dell'articolo 18, rilevando che il secondo comma dello stesso punisce la mera diffusione di idee che neghino o giustifichino il genocidio, senza necessità di istigazione a delinquere o apologia. In secondo luogo, la Corte ribadì il ruolo centrale della libertà di espressione nell'ordinamento spagnolo, riaffermando che la Costituzione tutela anche chi la nega, in quanto la Spagna non è una democrazia "protetta" sul modello tedesco, e che la garanzia copre anche le espressioni più riprovevoli⁴⁸⁰.

è quella che costituisca una forma di provocazione, ossia che comporti l'istigazione diretta a compiere un reato. Peraltro, il *Tribunal Supremo* spagnolo respinse questa impostazione, fondando la distinzione tra l'articolo 510 e l'articolo 607, secondo comma, sulla diversa natura delle condotte, la prima costituente una forma di incitamento diretto, mentre la seconda configurante un'ipotesi indiretta.

⁴⁷⁹ J.M. BILBAO UBILLOS, *La negación de un genocidio no es conducta punible. Comentario de la STC 235/2007*, cit., 324. Il giudice di primo grado sostiene che negare l'Olocausto costituisca fatto ben più grave che porre superficialmente in dubbio l'effettivo accadere di un fatto storico, affermando che la negazione in sé crei un clima di ostilità e disprezzo verso la comunità ebraica, che potrebbe potenzialmente portare ad azioni violente e atti di discriminazione. Inquadra dunque la fattispecie come reato di pericolo astratto.

⁴⁸⁰ A. G. CUENCA, *Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2012, 320 ss. Sembra potersi intravedere un chiaro riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di libertà di espressione, tra tutti il caso *Handyside v. United Kingdom*. Lo stesso *Tribunal Constitucional* riprese più volte tale giurisprudenza nel corso della propria argomentazione (FJ 4).

Tale protezione si estende anche alle opinioni su fatti storici, intese come visioni soggettive, purché non si traducano nella violazione dei valori fondativi dell'uguaglianza e della dignità umana: quando, invece, esse siano espresse con l'intento deliberato di disprezzare e umiliare le vittime in ragione della loro appartenenza etnica, razziale o religiosa, la tutela costituzionale viene meno⁴⁸¹.

Il nucleo dell'argomentazione della Corte si fonda sulla distinzione tra le due condotte punite dall'articolo 607, secondo comma: "negare" e "giustificare". La "negazione" è qualificata come mera asserzione di fatto, priva di giudizi di valore sulla correttezza morale degli eventi storici negati e, come tale, non riconducibile alla nozione di *hate speech*, che presuppone un incitamento alla violenza contro singoli o gruppi. In questa prospettiva, il "mero" negazionismo risulta protetto non solo dalla libertà di espressione, ma anche dalla libertà di ricerca storica⁴⁸². La Corte affermò inoltre che la negazione semplice, di per sé, non è necessariamente idonea a creare un clima sociale ostile alle vittime del genocidio; su questa base la fattispecie incriminatrice viene dichiarata incostituzionale.

Diversa fu invece la qualificazione della condotta di "giustificazione": secondo la Corte essa esprime un giudizio di valore finalizzato a creare un ambiente ostile nei confronti dei gruppi vittime del genocidio e rientra quindi nella nozione di *hate speech*. Tuttavia, per garantire la libertà di espressione, la Corte richiese che tale condotta fosse attuata pubblicamente e nella forma di incitamento alla commissione del crimine, configurandosi come una fattispecie di incitamento indiretto⁴⁸³. Si evidenzia qui il ribaltamento rispetto alla giurisprudenza costituzionale tedesca sulla "menzogna di Auschwitz", che limitava la tutela delle affermazioni di fatto, di cui si riteneva

⁴⁸¹ *Trib. Const.*, 235/2007, (FJ 5)

⁴⁸² *Trib. Const.*, 235/2007, FJ 7-8. IL TC fa riferimento ad una propria sentenza del 23 marzo 2004, la n. 43 in cui aveva affermato che la ricerca storica è per sua natura controversa perché si basa su asserzioni di cui è difficile se non impossibile asserire la veridicità.

⁴⁸³ E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical Denialism. Free Speech and the Limits of Criminal Law*. Berlin: Heidelberg, 2018, 142 ss. Per approfondimenti sulle critiche ricevute da tale sentenza e sulle argomentazioni dell'*Abogado de l'Estado* e del *Fiscal General del Estado* si veda I. SPIGNO, *Discorsi d'odio*, cit., 456.

possibile predicare la veridicità o falsità, e accordava maggiore protezione alle opinioni.

Gli articoli 510 e 607, secondo comma, sono stati profondamente modificati con la *Ley Orgánica* n. 1 del 30 marzo 2015, volta ad attuare la Decisione quadro UE del 2008⁴⁸⁴ e a reintrodurre una fattispecie di negazionismo conforme ai criteri fissati dal *Tribunal Constitucional*. L'attuale articolo 510 distingue due gruppi di reati⁴⁸⁵. Il primo comprende: a) fomentare, promuovere o incitare, anche indirettamente, in modo pubblico all'odio, all'ostilità, alla discriminazione o alla violenza; b) produrre, elaborare, possedere a scopo di distribuzione, facilitare l'accesso a terzi, diffondere o vendere scritti o qualunque altro materiale o documento il cui contenuto sia idoneo a realizzare le condotte del tipo a); c) negare, banalizzare gravemente o esaltare, pubblicamente, i delitti di genocidio, contro l'umanità o di guerra, nonché i loro autori. Le persone offese possono essere singoli o interi gruppi sociali; l'innovazione maggiore risiede nell'ampissimo catalogo dei motivi di discriminazione, che include, oltre a razza, etnia, religione e antisemitismo, anche sesso, orientamento sessuale, identità di genere, disabilità, convinzioni personali e familiari⁴⁸⁶. Peraltro, il legislatore spagnolo è recentemente intervenuto per arricchire ulteriormente tale elenco. Con la *Ley Organica* 6/2022 del 12 luglio 2022 è stato aggiunto tra i motivi di discriminazione anche l'*antigitanismo*⁴⁸⁷, ossia il sentimento di avversione nei confronti della comunità

⁴⁸⁴ Decisione quadro, GAI/913/2008.

⁴⁸⁵ Per il primo gruppo la pena prevista è la reclusione da uno a quattro anni e la multa corrispondente da un minimo di sei mesi ad un massimo di dodici mesi di reclusione. Per il secondo, la pena prevista è la reclusione da sei mesi a due anni e una multa corrispondente ad un minimo di sei mesi e ad un massimo di dodici mesi.

⁴⁸⁶ L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazione e giustizia penale*, cit., 123. Peraltro, la novella del 2015 ha rimosso il riferimento alla *provocación* presente nella precedente formulazione.

⁴⁸⁷ Sul punto, occorre svolgere alcune precisazioni. La L.O. 6/2022 è intervenuta su due disposizioni del *código penal*. Oltre all'art. 510, infatti, essa ha aggiunto all'art. 22, comma 4, che prevede un elenco di circostanze aggravanti comuni, la realizzazione di un delitto per motivi fondati sull'*antigitanismo*. Si segnala, invero, che quest'ultima disposizione è stata oggetto di frequenti interventi rispetto al testo originale del 1995. Con la L.O. 5/2010, fu aggiunto il motivo basato sull'*identidad sexual* della vittima, poi precisato con la L.O. 1/2015, che introdusse l'espressione *identidad sexual o de género, razones de género*. Per queste evoluzioni, v. G. QUINTERO OLIVARES, *Sub Art. 22*, in G. QUINTERO OLIVARES (DIR.), F. MORALES PRATS (CO.), *Comentarios al Código Penal Español*⁷, Tomo I, Artt.1-232, Aranzadi, 2016, 14, laddove si esprimono anche dubbi sull'effettiva necessità di tale specificazione. Tornando alle modifiche intercorse nel 2021, è stato evidenziato in dottrina, come sia sia trattato di un intervento apprezzabile, in quanto nell'aggiungere all'art. 510 c.p. il motivo discriminatori dell'aporafobia, lo armonizza all'art. 22, il quale era stato in tal senso modificato appena un anno prima dalla L.O. 8/2021.

romani, oltre che l'*aporofobia*, neologismo coniato dalla filosofa spagnola Adela Cortina, da intendersi come rifiuto, odio o disprezzo per il povero, per la povertà⁴⁸⁸

A seguito della L.O. 1/2015, inoltre, la fattispecie di negazionismo è ora inserita stabilmente nell'ambito dell'incitamento all'odio e si estende anche a crimini contro l'umanità e di guerra, includendo altresì banalizzazione ed esaltazione, ma prevedendo, nel tentativo di restringere la fattispecie in ossequio ai limiti indicati dalla sentenza del 2007⁴⁸⁹, la condizione che le condotte promuovano o alimentino un clima di violenza, ostilità, odio e discriminazione contro le minoranze delineate secondo i medesimi criteri già visti in precedenza.

Il secondo gruppo di reati comprende: a) la violazione della dignità delle persone o dei gruppi, per i medesimi motivi discriminatori, mediante le condotte di diffusione; b) la condivisione o la giustificazione dei reati commessi contro gruppi o persone individuati sulla base dello stesso catalogo di *grounds of discrimination*. Con tale previsione viene reintrodotta il crimine di giustificazione, non più limitato ai crimini internazionali, ma esteso a qualunque reato commesso contro una minoranza sociale, con espresso riferimento anche alla discriminazione per motivi antisemiti.

In conclusione, occorre evidenziare che, nell'ambito della dottrina spagnola, si registrano posizioni critiche nei confronti del *framework* legislativo illustrato, affatto mitigate dai numerosi interventi legislativi di perfezionamento della stessa succeduti

Quest'ultima, realizzando una discrepanza criticabile sul piano sistematico, aveva infatti aggiunto a tale articolo, oltre all'aporofobia, anche il motivo di esclusione sociale, lasciato tuttavia fuori dall'opera di armonizzazione predetta, in quanto non aggregato dall'intervento del 2022 all'art. 510 c.p. Il giudizio della dottrina su queste aggiunte è stato ambivalente; all'apprezzamento per l'apporto di razionalità sistematica dell'intervento, si è contrapposto la posizione di chi ha ritenuto tali apporti inutili, in quanto questi motivi altro non sono che la specificazione di quelli già esistenti, seppur statuiti in termini più generali (ad es., le condotte motivate da disprezzo per persone di etnia rom erano sicuramente già comprese nel motivo fondato sull'etnia. Si tratterebbe dunque di misura legislativa da ricondurre all'ambito del diritto penale simbolico. V. C. CUERVO NIETO, *Crónica de Legislación*, in *Ars Iuris Salmanticensis*, 2023, 249-250.

⁴⁸⁸ *Vocabolario Treccani*, «Composto neoclassico, formato dal gr. *áporo(s)* con l'aggiunta del confisso *-fobia*, riprendendo lo sp. *aporofobia*, termine coniato dalla filosofa spagnola Adela Cortina, autrice del saggio *Aporofobia. Il disprezzo dei poveri*, Palermo, Timeo, 2023; tit. originale *Aporofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia*, Barcelona, Ediciones Paidós, 2017», [https://www.treccani.it/vocabolario/neo-aporofobia_\(Neologismi\)/](https://www.treccani.it/vocabolario/neo-aporofobia_(Neologismi)/), (28 novembre 2025).

⁴⁸⁹ E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical Denialism. Free Speech and the Limits of Criminal Law*, cit., 144, laddove si esprimono dubbi in merito al successo di tale tentativo di costruzione di una fattispecie in linea con i requisiti tracciati dalla sentenza 237/2007.

nel tempo. Tra le ragioni di censura, figura la difficile, se non impossibile, identificazione di un bene giuridico la cui lesione da parte di tali reati giustifichi la limitazione della libertà di espressione; secondo questa impostazione, né la dignità umana⁴⁹⁰, né la sicurezza di gruppi minoritari, né la generica *sensibilidad social* costituiscono valide oggettività giuridiche meritevoli di tutela. La prima in quanto, nell'accezione accolta dall'ordinamento costituzionale spagnolo, non costituisce un diritto fondamentale in sé quanto piuttosto il fondamento e la fonte di tutti gli altri diritti, le secondo in quanto si tratta di concetti soggettivi e variabili, rimessi all'apprezzamento dei singoli⁴⁹¹. Altra contestazione mossa a tale legislazione è il fallimento di tutte le interpretazioni restrittive della stessa proposte dalla dottrina per raggiungere un miglior bilanciamento con la libertà di espressione; è respinta, in particolare, la ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 510 c.p. secondo il c.d. *test di Rabat*, ossia come istigazione idonea alla creazione di un clima di ostilità e odio nei confronti dei gruppi *target*, in quanto si fonda su un criterio intrinsecamente vago, che trasforma il reato in una figura di pericolo astratto ancorata a rischi congetturali e difficilmente verificabili. Altresì, è rigettata l'interpretazione fondata sul *Brandenburg* o *clear and present danger test*, derivato dalla giurisprudenza costituzionale americana, in quanto comporterebbe una trasformazione della fattispecie in istigazione diretta al compimento di atti violenti, manifestamente incompatibili con il dettato normativo, che qualifica espressamente come punibili condotte di incitamento indiretto⁴⁹². Infine, è stata rilevata una preoccupante tendenza, manifestatasi nella

⁴⁹⁰ Prospettazione sostenuta anche nella *Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal*; §2.1.. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771 (1° dicembre 2019). Si tratta di una corposa illustrazione da parte dei criteri interpretativi per l'applicazione dell'art. 510 c.p., finalizzata a arginare il fenomeno di preoccupante espansione nell'applicazione di tale tipo criminoso. Peraltro, la dottrina spagnola l'ha giudicata insufficiente a raggiungere tale finalità, nonché a garantire maggior certezza del diritto in questo ambito. V. P. TAPIA BALLESTEROS, *El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación*, in *Política criminal*, 2021, 2.

⁴⁹¹ A. RODRÍGUEZ MOLINA, *El art. 510 c.p. a examen: aspectos jurídico-penales de su regulación típica*, in *Revista Penal*, 2024, 226 ss. Alla luce di tali osservazioni, l'autore sostiene che l'unica soluzione è l'abrogazione dell'art. 510 c.p. nella sua formulazione attuale, da ritenersi incostituzionale, per contrasto insanabile con l'art. 20, cost. V. Anche E. NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, 2022, Aranzadi, 41.

⁴⁹² A. RODRÍGUEZ MOLINA, *El art. 510 c.p. a examen: aspectos jurídico-penales de su regulación típica*, cit., 231 ss.; A. GALÁN MUÑOZ, *¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la*

giurisprudenza degli organi giurisdizionali spagnoli, alla riconduzione nella categoria del discorso d'odio non già di reati che presentano un effettivo contenuto discriminatorio, bensì di delitti di espressione in materia di terrorismo e di reati contro la Corona e ad altre istituzioni statali, nonché contro l'ordine pubblico⁴⁹³. Tale dinamica rivela uno scenario in cui la lotta contro il *discurso de odio* viene progressivamente svuotata della sua funzione antidiscriminatoria originaria, con la trasformazione di quest'ultimo in una categoria punitiva volta a reprimere forme di dissenso politico, soprattutto indipendentista e antisistema⁴⁹⁴.

4.4. Storia, memoria e diritto penale nel modello francese

4.4.1. Evoluzione storica della disciplina francese dei discorsi d'odio razziale, etnico e religioso.

cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio, in *Temas clave de derecho penal*, J.M. Bosch, 2021, 303.

⁴⁹³ V. l'interessante analisi criminologica svolta da J. L. FUENTES OSORIO, *Hateful speech. La expansion del discurso de odio*, in *Revista Electrónica de Criminología*, 2024, *passim*, in particolare 21 ss.

⁴⁹⁴ V. anche P. TAPIA BALLESTEROS, *El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación*, cit., *passim*, che paragona l'introduzione della *ideología* tra i motivi discriminatori a un cavallo di Troia. Essa, infatti, in quanto nozione ampia e indeterminata, oltre che neutra sul piano qualitativo, ha reso possibile la sussunzione nell'art. 510 c.p. di qualunque espressione sgradevole, conflittuale o politicamente connotata (ossia di dissenso politico), anche quando non riferita a minoranze vulnerabili bensì a gruppi di potere, partiti politici o alle istituzioni statali, trasformando la legislazione antidiscriminatoria in una persecuzione penale del politicamente scorretto. Effettivamente, si nota che negli anni successivi alla riforma apportata dalla l.o. 1/2015 ha avuto luogo una proliferazione di querele e di procedimenti penali originatisi dalle più svariate manifestazioni espressive contro un novero eterogeneo di soggetti (dagli indipendentisti catalani, ai monarchi spagnoli, dalle donne ai toreri). Sebbene molti tra essi si siano risolti in archiviazioni o assoluzioni, altri hanno portato a condanne, poi qualificate come violazioni dell'art. 10 CEDU da parte della Corte di Strasburgo. V. la nota sentenza *Stern Taulats e Roura Capellera c. Spagna*, del 13 marzo 2018, relativa al caso del rogo di una foto del Re della Regina di Spagna durante una manifestazione antimonarchica nella città di Girona, che sfociò in una condanna per gli autori del fatto per il delitto di *injurias* contro la Corona, di cui all'art. 490, terzo comma, c.p. Per un commento della sentenza, v. N. CORRAL-MARAVAR, *Sentencia del TEDH en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España. Reflexiones sobre el delito de injurias a la Corona y del derecho a la libertad de expresión*, in *Revista General de Derecho Penal*, 2020, 12 ss.

La normativa francese di contrasto ai discorsi d'odio e al negazionismo presenta una struttura complessa e stratificata, risultante da una lunga successione di interventi legislativi che hanno progressivamente ampliato le fattispecie rilevanti, includendo motivazioni di odio razziale, etnico, religioso e nazionale, fino a giungere alle caratteristiche protette emerse nel dibattito più recente, quali l'orientamento sessuale, l'identità di genere e la disabilità⁴⁹⁵. Si cercherà ora di evidenziarne le fattispecie più rilevanti e alcuni dei profili problematici da esse posti, in particolare in relazione alla tensione con la libertà di espressione e di opinione.

La libertà di manifestazione del pensiero in Francia trova fondamento negli articoli 10 e 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: l'articolo 10 sancisce la libertà di opinione, ponendo come unico limite l'ordine pubblico, mentre l'articolo 11 definisce la libertà di comunicazione dei pensieri e delle opinioni come «uno dei diritti più importanti dell'uomo», garantendo la libertà di «parlare, scrivere e stampare liberamente salvo rispondere dell'abuso di tale libertà, nei casi stabiliti dalla legge». La funzione della libertà di espressione è connessa al principio pluralista, elevato dal *Conseil Constitutionnel* a «obiettivo di valore costituzionale» nella sua declinazione di «conservazione del carattere pluralista delle diverse espressioni socio culturali»⁴⁹⁶.

Lo stesso *Conseil* ha tuttavia riconosciuto che spetti alla legge disciplinare tale libertà al fine di garantire il rispetto di altri principi di rango costituzionale. In particolare, con una decisione del 2012⁴⁹⁷, proprio in materia di negazionismo, esso ha fissato due requisiti che il legislatore deve rispettare nell'introdurre reati che puniscono gli abusi

⁴⁹⁵ Per dirla con le parole del Ministero della Giustizia francese: “La Legislazione francese si è progressivamente evoluta nel senso di un rafforzamento della lotta e della repressione più severa dei crimini e dei discorsi d'odio”. MINISTERE DE LA JUSTICE, *Rapport sur la lutte contre le racisme, l'antisemitisme et la xenophobie 2017*, 2017, 5, www.cncdh.fr.

⁴⁹⁶ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, 214. Si veda anche *Cons. const.*, Déc. N. 82-141-DC. 27 luglio 1982.

⁴⁹⁷ CC, n° 2012-647 DC, 28 febbraio 2012. Si trattava di un controllo preventivo di costituzionalità sulla *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi* che avrebbe portato alla criminalizzazione dei genocidi riconosciuti dalla legge, ossia il genocidio del popolo armeno, oggetto della l. n. 2001-70 del 29 maggio 2001.

della libertà di espressione; da un alto, deve trattarsi di condotte che ledono l'ordine pubblico, principale controinteresse nel bilanciamento con la libertà di espressione⁴⁹⁸, non senza profili problematici⁴⁹⁹, e i diritti dei terzi. Dall'altro, qualsiasi limitazione a tale libertà deve essere necessaria, appropriata e proporzionata all'obiettivo perseguito dal legislatore, esame evidentemente ispirato dal bilanciamento elaborato dalla Corte di Strasburgo⁵⁰⁰.

Un primo antecedente della disciplina moderna in materia di discorso d'odio è rappresentato dal decreto-legge *Marchandeu* del 1939, che introdusse nella legge sulla stampa⁵⁰¹, l'incriminazione dell'ingiuria e della diffamazione pubbliche rivolte a gruppi per ragioni religiose o razziali, ove finalizzate all'incitamento all'odio. Si trattava della prima fattispecie di diffamazione di gruppo⁵⁰². Tuttavia, la legittimazione

⁴⁹⁸ P. MBONGO, *Hate speech, extreme speech and collective defamation in French Law*, in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University press, 2009, 281-282. Si rileva che la molteplicità di reati che limitano tale libertà in relazione a diversi motivi di discriminazione (o identità) non costituisce un momento di frattura rispetto al modo in cui la libertà di espressione vive nell'ordinamento francese, bensì riflette la natura stessa di tale libertà. Fin dall'art. 11 della Dichiarazione del 1789, essa nasce infatti subordinate all'ordine pubblico e vive in costante bilanciamento con esso. Tale impostazione, secondo l'Autore, deriverebbe dal tradizionale paternalismo dello Stato francese, fondato sull'idea che la società richieda una guida, e contrasta con il modello statunitense, dove il Primo Emendamento vieta al legislatore di interferire con la libertà in parola.

⁴⁹⁹ K. L. BIRD, *Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and the United States*, in *Comparative Politics*, 2000, 407. In relazione ad esso è stato osservato come i giudici francesi non ne abbiano mai individuato una chiara definizione, ma abbiano valutato l'idoneità di una affermazione a generare un disturbo pericoloso dell'ordine pubblico, sulla base del parametro ambiguo fondato sul clima sociale di un determinato momento storico e luogo. Sulla funzione dell'*ordre public* come criterio di controllo di costituzionalità impiegato dal *Conseil Constitutionnel* v., G. DRAGO, *L'ordre public et la Constitution*, in *Archives de philosophie du droit*, 2015, 207 ss.

⁵⁰⁰ V. C. E. SENAC, *Le contrôle des lois pénales incriminant des abus de la liberté d'expression par le Conseil constitutionnel*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, §2-3. Nell'ambito dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di abuso della libertà di espressione è possibile riconoscere diverse fasi. Una prima fase, apertasi negli anni 80, ha visto il *Conseil Constitutionnel* emettere alcune rilevanti decisioni relative alle condizioni per l'esercizio della libertà di stampa e comunicazione audiovisiva, tra cui la già citata Déc. N. 82-141-DC. 27 luglio 1982. Nel 2003, viene sottoposto al *Conseil* per la prima volta, in sede di ricorso preventivo ai sensi dell'art. 61 cost, una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 113 della *Loi pour la sécurité intérieure*, avente ad oggetto la repressione penale di un abuso della libertà di espressione nella forma della criminalizzazione dell'insulto pubblico alla bandiera, con esiti definiti deludenti dalla dottrina, in quanto la Corte, con una motivazione estremamente scarna, salvò la disposizione ritenendo che il legislatore avesse raggiunto la «*conciliation qu'il lui appartenait d'assurer entre les exigences constitutionnelles rappelées*» (§105). È solo a partire dal 2012, nella già citata decisione n° 2012-647 DC, del 28 febbraio, che vengono definiti i due parametri menzionati nel testo.

⁵⁰¹ *Loi du juillet 1881 sur la liberté de la presse*.

⁵⁰² Sono proposte diverse interpretazioni delle ragioni di tale intervento legislativo. Secondo R. ERRERA, *In defense of civility: Racial Incitement and Group Libel in French Law*, in S. COLLIVER, *Striking a*

ad agire era limitata: i singoli potevano agire solo se nominati personalmente nelle invettive censurate, mentre l'azione d'ufficio spettava al pubblico ministero nei soli casi di coinvolgimento dell'intero gruppo. Ne risultò un'applicazione inefficace, aggravata dalla difficoltà di dimostrare il dolo specifico di incitamento e dall'orientamento dei giudici verso un controllo di pericolosità concreta⁵⁰³. L'obiettivo perseguito restava infatti la tutela dell'ordine pubblico più che la soppressione del discorso razzista in quanto tale⁵⁰⁴.

Sull'onda di tale insoddisfazione, della ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965 e dell'aumento degli episodi di razzismo legati ai flussi migratori, venne adottata nel 1972 la *Loi Pleven*⁵⁰⁵, che introdusse una tutela organica contro l'incitamento, la diffamazione e l'ingiuria discriminatori, estendendo la protezione alle persone colpite in ragione dell'appartenenza o non appartenenza a gruppi etnici, nazionali, razziali o religiosi⁵⁰⁶.

balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination, Londra, Article 19, 1992, 144. L'impulso all'introduzione di questa fattispecie fu l'aumento preoccupante del sentimento antisemita in Francia negli anni '30 del Novecento. Fino ad allora, la diffamazione esisteva soltanto nella forma individuale e consisteva in «*toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation*», art. 29, c.p. Sottolinea invece M. BRENAUT, *La criminalisation des «discours de haine»*, in *Revue internationale de droit comparé* 2023, 294, che essa fu l'espressione della volontà governativa di forzare una apparente concordia nazionale, per contrastare il rischio di tensioni sociali, alimentate dalla propaganda della vicina Germania nazista.

⁵⁰³ M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, 107. L'Autrice ritiene anche che il richiamo alla protezione del bene giuridico dell'onore del gruppo, fosse in realtà una copertura a sostegno di “una incriminazione che sarebbe parsa troppo anticipata rispetto alla tutela della pace materiale”.

⁵⁰⁴ K. L. BIRD, *Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and the United States*, cit., 408. La ragione di ciò era che tale decreto-legge si inseriva in una visione universale dei diritti umani, figlia del principio di uguaglianza formale, che mal si atteggiava ad accordare un trattamento giuridico differenziato a certi individui in virtù di loro condizioni personali e caratteristiche identitarie.

⁵⁰⁵ *Loi n. 72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme*. Per una panoramica sulla legge a cinquant'anni dalla sua entrata in vigore, v. T. HOCHMANN, *Du lustre après dix lustres: la loi de 1972 contre le racisme a cinquante ans*, in *La Revue des droits de l'homme*, 2022, 1-7.

⁵⁰⁶ Peraltro, tale legge concesse ad associazioni per i diritti civili la legittimazione attiva sul piano civile e penale, in relazione a fattispecie relative alla discriminazione e all'odio. Le associazioni francesi furono molto attive su questo fronte negli anni successivi all'entrata in vigore della Legge, tanto da mettere in secondo piano il ruolo del pubblico ministero in relazione a questi reati.

La *Loi Pleven* del 1972 fu concepita principalmente per tutelare i lavoratori stranieri, in larga parte provenienti dal Nord Africa⁵⁰⁷, in un contesto segnato dalla crisi del modello tradizionale di eguaglianza formale e dall'emersione di una società sempre più culturalmente disomogenea a seguito dei flussi migratori. In tale fase storica cominciarono inoltre a manifestarsi con maggiore forza le rivendicazioni di minoranze tradizionalmente svantaggiate, come donne e omosessuali, che sollecitavano il riconoscimento di una parità sostanziale. Questo mutamento mise sotto pressione tanto il modello francese *c.d.* assimilazionista, volto alla naturalizzazione e all'assimilazione culturale dello straniero⁵⁰⁸, quanto le premesse del principio di eguaglianza formale, rivelatesi insufficienti a fronte della crescente pluralità delle istanze sociali. La legge del 1972 rappresentò dunque l'espressione di un più deciso impegno verso un'eguaglianza in senso sostanziale, già affermata nel preambolo della Costituzione del 1946 e ripresa dalla Costituzione vigente.

Pur introducendo tutele fondate su caratteristiche identitarie di gruppo, la *Loi Pleven* non si distaccò definitivamente dall'«approccio francese alla discriminazione razziale» basato sull'interesse collettivo⁵⁰⁹ o sulla volontà generale, circostanza che ne attenuò l'efficacia protettiva laddove la tutela di determinati gruppi non risultava pienamente riconosciuta come espressione della volontà generale della società francese. Un ulteriore fattore di indebolimento dell'effettività della legge fu rappresentato dall'applicazione oscillante da parte delle corti, soprattutto nelle

⁵⁰⁷ K. L. BIRD, *Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and the United States*, cit., 410. Si ricorda peraltro che lo stesso anno in cui questa legge fu introdotta, fu anche fondato il partito Front National, di estrema destra, che faceva della propria bandiera la propaganda dell'espulsione dalla Francia di tutti gli stranieri per salvaguardare la cultura tradizionale del Paese. Nel 1972 la Francia era ancora sull'orlo di quella "spirale" di crescita dei sentimenti razzisti e xenofobi nei confronti degli immigrati. Il legislatore stesso sostenne la necessità della legge sulla base di studi di sociologia che prevedevano che presto sarebbe stata raggiunta una supposta "soglia critica di tolleranza nei confronti della migrazione" che avrebbe portato all'aumento di questi fenomeni. Peraltro, l'utilizzo di queste argomentazioni per giustificare l'introduzione di queste misure, rivela un atteggiamento ambiguo del legislatore stesso che, da una parte identifica gli immigrati come vittime di discriminazioni, dall'altra li ritiene in parte responsabili per il peggioramento delle relazioni interetniche in Francia.

⁵⁰⁸ L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 108. Il modello assimilazionista francese si oppone a quello multiculturalista all'inglese, di cui oggi sono esempi principali gli Stati Uniti ed il Canada, in cui si incoraggiano gli immigrati a conservare i propri retaggi culturali, in un'ottica di riconoscimento e valorizzazione della diversità, da cui discende, come corollario, la differenziazione del trattamento giuridico da riservare alle minoranze, in base alle loro esigenze particolari.

⁵⁰⁹ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., 220.

controversie concernenti condotte espressive dirette contro i lavoratori immigrati. In diversi casi, gli imputati furono assolti sul presupposto che gli insulti fossero rivolti a un gruppo sociale e non a un gruppo etnico o razziale, oppure che il riferimento alla nazionalità non integrasse un criterio razziale in senso tecnico, come avveniva, ad esempio, nei casi relativi a vittime algerine⁵¹⁰.

Come sarà illustrato a seguire, dopo la posa delle basi della disciplina penalistica del discorso d'odio, la sua struttura fu progressivamente arricchita da una serie di interventi che interessarono sia le fattispecie già all'interno della legge sulla stampa del 1881 ad opera degli interventi appena illustrati, ossia, art. art. 24, comma 7 e 8, 32, comma 2 e 3, 33 comma 3 e 4⁵¹¹, sia ulteriori tipi penali innestati nel nuovo codice penale del 1994⁵¹².

4.4.2. La disciplina positiva dei discorsi d'odio e la varietà delle risposte incriminatrici

L'ordinamento francese, nell'ambito di una complessa disciplina antidiscriminatoria⁵¹³, dispone di una articolata serie di fattispecie dirette a reprimere il discorso d'odio. Con il codice del 1994, infatti, fu ampliata la punibilità della diffamazione e ingiuria discriminatorie alle condotte di carattere non pubblico

⁵¹⁰ Una svolta intervenne con una decisione del 1994 della *Cour de Cassation*, che, ribaltando una pronuncia della Corte d'appello di Versailles relativa alla distribuzione di materiale elettorale anti-immigrati da parte di un candidato del *Front National*, riconobbe che l'incitamento contro gli immigrati fosse illecito in quanto fondato sulla loro non appartenenza alla comunità francese. Tale argomentazione, se da un lato determinò una significativa estensione della tutela, dall'altro sembrò fissare una distinzione potenzialmente definitiva tra immigrati e nazione *Cour de Cassation, Le Gallou v. Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples*, 18 gennaio 1994. K. L. BIRD, *Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and the United States*, cit., 411.

⁵¹¹ Rispettivamente, incitamento, diffamazione e ingiuria pubblica di carattere discriminatorio.

⁵¹² Entrato in vigore il 1° marzo 1994 per sostituire il codice del 1810.

⁵¹³ A titolo d'esempio, si citano gli art. 132-76 e 132-77 c.p. introdotti dalla legge n. 2003-239 del 18 marzo 2003 e novellati dalla *loi n. 2017-86* del 27 gennaio 2017. Si tratta di due circostanze aggravanti che si applicano qualora il reato sia preceduto, accompagnato o seguito da scritti, immagini, oggetti o atti che attentino all'onore o alla reputazione della vittima o del gruppo cui essa appartiene "in ragione della sua appartenenza o non appartenenza, vera o presunta, ad una pretesa, razza, etnia, nazione o religione o "in ragione del sesso, dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, vero o supposto, se è provato che i fatti sono stati commessi contro la vittima per uno di questi motivi".

qualificate come contravvenzione di quarta classe e previste dagli art. 624-3 e 624-4. Tali fattispecie subirono una profonda modificazione ad opera del decreto-legge n. 1230/2017 del 3 agosto 2017.

Esso, infatti, abrogò gli artt. R. 624-3 e 624-4 e ricollocò le relative condotte agli artt. R. 625-8 e R. 625-8-1 nella sezione terza, del capitolo V, del Libro VI del codice penale⁵¹⁴, riqualificandole come contravvenzione di quinto grado, ossia le più gravi tra questo tipo di illeciti, conseguentemente determinandone un inasprimento sanzionatorio. Da un punto di vista sistematico, esse seguono l'art. R. 625-7 incriminante l'istigazione non pubblica alla discriminazione, all'odio o alla violenza contro una persona o un gruppo sulla base dell'origine, appartenenza o non appartenenza, vera o presunta, a un gruppo etnico, a una nazione, a una presunta razza o a una particolare religione. Nella cornice di un intervento finalizzato ad ampliare il novero di identità e gruppi protetti da tale legislazione, nel 2005⁵¹⁵ fu aggiunto a questa disposizione un secondo comma che punisce l'istigazione non pubblica all'odio o alla violenza fondata su sesso, orientamento sessuale, cui fu aggiunta nel 2017 anche l'identità di genere⁵¹⁶, o disabilità, nonché l'istigazione non pubblica alla discriminazione⁵¹⁷. Non, tuttavia, a qualsiasi forma di discriminazione, bensì, con un approccio improntato al rispetto del principio di determinatezza, solo quegli atti di discriminazione previsti dagli articoli 225-2 e 432-7. L'art. 225-2 descrive, infatti, adoperando un metodo quasi casistico, una serie di condotte che costituiscono atti di discriminazione ai sensi della legge penale. Si noti inoltre che all'art. 225-1 e seguenti, si trova un corposissimo elenco dei motivi⁵¹⁸, i quali, ove vengano posti alla base di

⁵¹⁴ Titolo II (contravvenzioni contro le persone), Capitolo V (contravvenzioni della quinta classe contro le persone), Sezione terza, (*Des provocations, diffamations et injures non publiques présentant un caractère raciste ou discriminatoire*).

⁵¹⁵ Décret n°2005-284 du 25 mars 2005.

⁵¹⁶ Décret n°2017-1230 du 3 août 2017. Peraltro, tale decreto fu oggetto di un ricorso, poi respinto al Conseil d'Etat, avente ad oggetto la sua non conformità all'art. 10 e 7 CEDU. V. L. MARGUET, *La répression de la provocation, de la diffamation et des injures non publiques représentant un caractère raciste ou discriminatoire en France. À propos du décret n° 2017-1230 du 3 août 2017*, in *Revue de droits et liberté fondamentaux*, 2019, 1-19.

⁵¹⁷ Peraltro, un intervento del medesimo tipo aggiunse questi motivi di discriminazione anche alle forme di diffamazione, ingiuria e istigazione di carattere pubblico presenti nella legge sulla stampa, ad opera della *Loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004*.

⁵¹⁸ *Origine, sexe, situation de famille, grossesse, apparence physique, particulière vulnérabilité résultant de situation économique, apparente ou connue de son auteur, patronyme, lieu de résidence,*

una differenza di trattamento, tra quelle previste all'art. 225-2, costituiscono una discriminazione penalmente rilevante⁵¹⁹. Si tratta di una lista ben più corposa di quella che può motivare la repressione penale della manifestazione di un'opinione quale *hate speech*; ciò costituisce una declinazione del bilanciamento tra repressione della discriminazione e tutela delle libertà fondamentali degli individui, che può e deve necessariamente essere più pregnante, qualora tale discriminazione si manifesti nei fatti, invece che esclusivamente a parole⁵²⁰.

L'articolo R. 625-8-2 introduce un complesso di pene accessorie, tra cui lo *stage de citoyenneté*, istituito dalla legge n. 2004-204 mediante modifica dell'articolo 131-3 del codice penale. Tale misura ha finalità rieducative e mira a re-instillare nei responsabili di condotte razziste, omofobe o antisemite i valori della tolleranza e del rispetto della dignità umana, fondamenti dell'ordinamento costituzionale repubblicano.

Tornando alle fattispecie di carattere pubblico, dopo una serie di interventi legislativi, esse presentano oggi la struttura seguente. L'art 24, in tema di istigazione applicata alla materia del discorso d'odio, prevede al comma quinto una pena fino a cinque anni di reclusione e una multa di quarantacinquemila euro chi compie apologia dei crimini dei crimini di guerra, contro l'umanità, di riduzioni in schiavitù o di collaborazionismo con il nemico, anche qualora essi non abbiano dato luogo alla condanna dei loro autori⁵²¹ e ai commi sette e otto l'istigazione alla discriminazione su basi discriminatoria, già precedentemente illustrata, seppur con precisazione terminologiche come la sostituzione del lemma identità di genere a quello di identità

état de santé, perte d'autonomie, handicap, caractéristiques génétiques, mœurs, orientation sexuelle, identité de genre, âge, opinions politiques, activités syndicales, qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte, capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

⁵¹⁹ La vastissima gamma di possibili motivi di discriminazione presi in considerazione, ancora più ampi che rispetto all'ordinamento spagnolo è stata arricchita con una serie di interventi successivi, insieme ad alcuni aggravamenti di pena come quello previsto laddove la condotta discriminatoria sia commessa in un luogo pubblico o per impedire l'accesso ad un luogo pubblico. È stato osservato come la precisione che deriva dal combinato disposto di questi due articoli, proprio in quanto soddisfa il principio di tassatività e determinatezza, potrebbe essere preso ad esempio di punizione della discriminazione senza incorrere in problematiche di incostituzionalità relative ad un eccessivo restringimento della libertà di espressione. V. L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 112-113.

⁵²⁰ N. BONNAL, *Discours et discriminations*, in *Légipresse*, 2021, 142.

⁵²¹ Questi ultimi oggetti del discorso apologetico sono stati introdotti dalla legge del 27 gennaio 2017.

sessuale, che avrebbe l'effetto di diradare ogni dubbio circa l'estensione di tali protezione anche alle persone trans. Peraltro, la legge n. 2017-86 del 27 gennaio 2017 aveva introdotto tra le pene che il giudice poteva disporre in aggiunta a quelle principali, il c.d. *stage de citoyenneté*, poi eliminato dalla loi n°2019-222 del 23 marzo 2019, che ha prodotto la stessa modifica anche all'art. 32 e 33. Esso è invece rimasto tra le pene che il giudice può disporre nei casi di istigazione, diffamazione e ingiuria non pubbliche. L'ultima modifica risale al 2021, laddove è stato aggiunto al nono comma dell'articolo, una circostanza aggravante nel caso in cui le condotte di istigazione siano state tenute da *une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission*. Un'altra modifica sul piano sanzionatorio prodotta dalla medesima legge del 2017⁵²² riguardava invece l'art. 33, laddove la pena principale prevista al terzo comma, è stata elevata da sei mesi a un anno di reclusione e da 22.500 euro a 45.000 euro di ammenda.

In conclusione, in merito alla disciplina analizzata finora, sono stati mossi dalla dottrina francese alcuni rilievi. Se da un lato si riconosce alla prassi giurisprudenziale un certo rigore nel circoscrivere il significato e dunque l'applicazione delle caratteristiche discriminate, dall'altra emerge una certa inquietudine, circa la tenuta nel tempo di simili argini a garanzia di un'espansione delle maglie del diritto penale a danno della libertà di espressione. Alimentano tali inquietudini la formulazione definita *floue* della disposizione dell'art. 24 della legge sulla stampa⁵²³ oltre che la

⁵²² Altro aspetto interessante è costituito dalle modifiche alla corrispondente disciplina processualpenalistica in materia di discorso d'odio apportate dalla legge n. 2017-86 del 27 gennaio e, precedentemente, dalla l. n. 2004-204 del 9 marzo 2004. È necessaria una breve premessa. L'impianto liberale originario della *loi sur la liberté de la presse* del 1881 prevedeva, per realizzare un bilanciamento attento alle istanze di garanzia della libertà di espressione, uno speciale regime procedurale per i reati ivi previsti. Tra le misure più significative figuravano l'obbligo di un elevato grado di precisione dell'*acte de poursuite* nell'individuazione della espressione incriminata, il divieto di riqualificazione giuridica dello stesso e un termine di prescrizione particolarmente breve, di appena tre mesi. Gli interventi del 2004 e del 2007 sopra menzionati hanno introdotto delle deroghe a tali regole procedurali garantistiche proprio in materia di istigazione, diffamazione e ingiuria razziste o sessiste; la legge del 2004 ha aumentato a un anno il termine di prescrizione per tali reati, mentre nel 2017 è stata prevista la possibilità di riqualificazione di una condotta ai sensi di un diverso reato attinente al discorso d'odio, sia nella forma pubblica, che in quella contravvenzionale non pubblica inserita all'interno del code penal. V. N. BONNAL, *Discours et discriminations*, cit., 143.

⁵²³ M. BRENAUT, *La criminalisation des «discours de haine»*, cit., 297.

vaghezza ontologica di nozioni come razza, etnia, nazionalità e religione⁵²⁴. Inoltre, la stessa giurisprudenza di legittimità viene criticata laddove, ingerendosi in valutazioni che spetterebbero ai giudici di merito, tende a ricondurre nelle fattispecie di diffamazione e ingiuria razziste, affermazioni che non presentano in sé, in quanto tali, questa natura diffamatoria o ingiuriosa, istruendo i giudici di merito a «rilevare tutte le circostanze estrinseche che conferiscono un significato offensivo o diffamatorio a parole, anche se queste di per sé non hanno tale carattere e che sono tali da rivelarne il vero senso»⁵²⁵, così attribuendo rilevanza penale anche al discorso d'odio ambiguo ed implicito, con conseguente perdita di certezza del diritto e alimentazione di una giurisprudenza che decide “caso per caso”⁵²⁶. Come si vedrà anche *infra* a proposito della disciplina italiana sul discorso d'odio è in particolare un aspetto della fattispecie di istigazione all'odio a suscitare le maggiori perplessità, ossia l'eccessiva anticipazione della tutela penale («*Il ne s'agit plus tant d'anticiper sur le résultat redouté que d'anticiper sur l'anticipation elle-même*»), combinata ad un tipo incentrato su una istigazione indiretta, che, ben lungi dal modello della classica istigazione a delinquere (avente quale referente finale, appunto, la commissione di un illecito penale), è finalizzata a suscitare odio, dunque uno stato d'animo, o, al più, nei casi di istigazione pubblica un *climat potentiellement, mais potentiellement seulement, criminogène*⁵²⁷. Con tutte le difficoltà che ne derivano nella ricostruzione della responsabilità penale, a partire dallo stesso elemento oggettivo, prima fra tutte

⁵²⁴ È noto l'approccio giurisprudenziale che tende ad escludere dalla nozione di etnia sia i Corsi che gli Harki. Su quest'ultimo aspetto, si veda la decisione della Corte di Cassazione, che rigettò il ricorso contro l'assoluzione del politico Georges Frêche dall'imputazione di ingiuria razzista, proprio sulla base del fatto che gli harki non sono considerati un gruppo etnico, nazionale o religioso. V. *Cour de cassation, criminelle, 31 mars 2009, 07-88.021*.

⁵²⁵ *Cour de Cassation criminelle, 16 oct. 2012, 11-82.866*. V. M. BRENAUT, *La criminalisation, cit.*, 300.

⁵²⁶ Altra parte della dottrina francese non condivide tale approccio così critico e pessimistico. Anzi, ritenendo necessario in una società democratica, l'implementazione di una legislazione di contrasto ai discorsi d'odio, giudica favorevolmente l'approccio della giurisprudenza che dà rilievo anche alle esortazioni discriminatorie implicite, in quanto un approccio diverso rischierebbe di tollerare appelli all'odio e alla violenza, sapientemente realizzati in maniera sibillina e discreta, in modo tale da aggirare i divieti stabiliti dalla legge. V. N. BONNAL, *Discours et discriminations, cit.*, 145.

⁵²⁷ Molto chiare sul punto le parole di M. BRENAUT, *La criminalisation, cit.*, 305 ss.

difficoltà a stabilire il legame di certezza causale o di probabilità causale tra il comportamento proibito e la possibile insorgenza del risultato temuto.

4.4.3. La risposta dell'ordinamento francese alla negazione del genocidio e dei crimini internazionali

Il negazionismo è attualmente punito in Francia dall'articolo 24-*bis* della legge sulla stampa del 1881. Nella sua formulazione vigente, tale disposizione prevede la reclusione fino a un anno o la multa di 45.000 euro per chi contesti, attraverso i mezzi indicati all'articolo 23 della medesima legge, l'esistenza di uno o più crimini contro l'umanità così come definiti dall'articolo 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale, annesso al Patto di Londra dell'8 agosto 1945, e commessi da membri di un'organizzazione dichiarata criminale in applicazione dell'articolo 9 di tale Statuto, ovvero da una persona riconosciuta colpevole di tali crimini da una giurisdizione francese o internazionale. Il secondo comma stabilisce la medesima pena anche per chi nega, minimizza o banalizza in modo scandaloso, con gli stessi mezzi, l'esistenza di un crimine di genocidio diverso da quelli menzionati nel primo comma, nonché di altri crimini contro l'umanità, di riduzione in schiavitù o di sfruttamento della persona ridotta in schiavitù, ovvero di crimini di guerra definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale e dalle corrispondenti disposizioni del codice penale francese, purché tali crimini abbiano dato luogo a una condanna pronunciata da una giurisdizione francese o internazionale.

Questa previsione ha una storia normativa complessa, segnata da interventi legislativi successivi e da ripetuti scrutini di costituzionalità da parte del *Conseil constitutionnel*. L'articolo 24-*bis* è stato introdotto nella legge sulla stampa del 1881 dalla *Loi Gayssot* del 1990⁵²⁸, dal nome del deputato comunista Jean-Claude Gayssot, con l'obiettivo di combattere «tutti gli atti razzisti, antisemiti o xenofobi». Essa introdusse per la prima

⁵²⁸ Loi n. 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

volta il reato di negazionismo e revisionismo, inizialmente limitato alla sola contestazione dei crimini descritti nel primo comma dell'attuale articolo 24-*bis*.

Tale legge è riconducibile alla categoria delle cosiddette *lois mémorielles*, espressione utilizzata per indicare l'insieme eterogeneo di leggi accomunate dall'intento di ricordare e qualificare giuridicamente determinati avvenimenti storici attraverso categorie come "genocidio" o "crimine contro l'umanità", al fine di rendere giustizia mediante il riconoscimento delle sofferenze passate⁵²⁹. Occorre tuttavia distinguere tra leggi memoriali meramente dichiarative, volte al riconoscimento solenne di eventi storici, e leggi che utilizzano lo strumento penale per la tutela della memoria, dalle quali discendono rilevanti problematiche nel rapporto tra diritto penale e storia.

La proliferazione delle leggi memoriali in Francia è stata ricondotta a tratti profondi della cultura politica nazionale, caratterizzata dalla centralità della memoria storica nella costruzione dell'identità collettiva⁵³⁰. In particolare, la *loi Gayssot* fu adottata in un contesto segnato dal caso *Faurisson*, dalla profanazione del cimitero ebraico di Carpentras nel 1990⁵³¹, e dalla generale proliferazione del negazionismo, diffusosi in Francia dalla fine degli anni Settanta mediante gli scritti di *Faurisson* e di *Paul Rassinier* e ampiamente propagatasi negli anni 80⁵³².

Tra gli elementi caratterizzanti della fattispecie originaria figuravano il requisito della pubblicità della condotta, da realizzarsi con gli strumenti previsti dall'articolo 23 della

⁵²⁹ Rapport d'information de l'Assemblée Nationale (c.d. Accoyer Report) no.1262, 18 novembre 2008: "*Rassembler la Nation autour d'une mémoire partagée*", <https://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1262.asp> (13 novembre 2025).

⁵³⁰ R. D'ORAZIO, *La memoria doverosa. L'esperienza francese delle lois mémorielles*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, 413-414. L'autore ricorda come in Francia la tradizione di misure legislative a fine celebrativo affondi le proprie radici nelle pratiche di autocelebrazione delle Assemblée rivoluzionarie, "le politiche di rielaborazione pubblica del passato e la tradizione di commemorarne gli eventi fondanti attraverso l'istituzione di solennità civili e il ricordo di uomini illustri": si tratta di forme di uso politico o pubblico della storia, poi culminate nella commemorazione dei caduti della Prima guerra mondiale e replicate al termine della seconda.

⁵³¹ K. L. BIRD, *Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and the United States*, cit., 412. Si ritenne l'atto indirettamente ricollegabile all'estrema destra, fatto che indusse molti partiti moderati ad essere cauti nel criticare la legge pubblicamente, per timore di essere tacciati di razzismo. Gli stessi critici della legge fallirono nel radunare un numero di parlamentari sufficienti a richiedere un controllo pregiudiziale di Costituzionalità da parte del *Conseil Constitutionnel*, in quel generale clima di riluttanza.

⁵³² E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 44.

legge sulla stampa, e la possibilità per le associazioni a tutela dell'onore della Resistenza e dei deportati di costituirsi parte civile. L'ambito applicativo era limitato ai soli crimini contro l'umanità definiti dallo Statuto di Norimberga, escludendo genocidi o crimini analoghi verificatisi in altri contesti storici⁵³³.

Emblematico fu il caso dello storico Bernard Lewis, assolto in sede penale per la contestazione del genocidio armeno, poiché tale evento non rientrava nell'ambito della legge *Gayssot*, ma condannato in sede civile per carenze metodologiche nella ricostruzione storica. Tale pronuncia anticipava il dibattito sulla successiva estensione delle fattispecie anti-negazionistiche⁵³⁴.

Le critiche alla *loi Gayssot* furono numerose: essa fu accusata di veicolare una «visione illiberale della libertà di manifestazione del pensiero», di favorire la formazione di una verità di Stato⁵³⁵ e di risultare superflua rispetto agli strumenti già esistenti per la repressione della propaganda nazifascista e dell'istigazione all'odio. Fu inoltre sottolineata l'indeterminatezza della fattispecie, sia per l'uso del verbo *contestare* invece che *negare*, sia per la possibilità di estensione a negazionismi indiretti o parziali, come l'espressione di un dubbio sulle effettive modalità di svolgimento della *Shoah*⁵³⁶.

Nel 2012 fu tentata un'estensione dell'incriminazione al negazionismo del genocidio armeno attraverso l'introduzione di un nuovo articolo *24-ter*, che puniva la contestazione o minimizzazione scandalosa dei genocidi *qualificati come tali dalla legge francese*. Tuttavia, il *Conseil constitutionnel*, con la sentenza del 28 febbraio

⁵³³ E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical Denialism. Free Speech and the Limits of Criminal Law*, cit., 81. Ciò che è interessante notare tuttavia, è la potenzialità espansiva dell'articolo fin dalla sua prima formulazione in quanto esso non cita espressamente l'olocausto ma si riferisce alla categoria generale e più ampia dei crimini contro l'umanità. Altra conseguenza di ciò era che solo le associazioni a difesa della memoria delle vittime del nazismo avevano legittimazione a costituirsi parte civile e non altre associazioni legate a diversi avvenimenti storici.

⁵³⁴ TGI, Paris, 21 giugno 1995, *Forum de associations arméniennes c. Lewis, Les petites affiches* 117 (1995). Sul punto si veda R. RÉMOND, *History and the law*, in *Études*, 2006, 4 e E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical Denialism. Free Speech and the Limits of Criminal Law*, cit., 81.

⁵³⁵ K. L. BIRD, *Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and the United States*, cit., 411.

⁵³⁶ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., 233.

2012⁵³⁷, dichiarò la norma incostituzionale per violazione della libertà di espressione, non nel merito della scelta di politica criminale⁵³⁸, bensì per difetto di portata normativa, in quanto la legge subordinava l'incriminazione a un «vago e libero apprezzamento» legislativo dei fatti storici⁵³⁹.

Diversamente, nel 2016, in sede di giudizio incidentale promosso dalla Corte di Cassazione, il *Conseil* ha confermato la costituzionalità dell'articolo 24-*bis*, ritenendo che «le espressioni che negano l'esistenza di fatti commessi durante la Seconda guerra mondiale, in parte sul territorio nazionale, qualificati come crimini contro l'umanità (...) costituiscono di per sé un incitamento al razzismo e all'antisemitismo»⁵⁴⁰. Il trattamento differenziato rispetto ad altri genocidi fu ritenuto giustificato dalla specifica portata razzista e antisemita della negazione dei crimini nazisti⁵⁴¹.

L'articolo 24-*bis* è stato nuovamente modificato nel 2017⁵⁴², con un significativo ampliamento dell'ambito delle condotte punibili, estendendo l'incriminazione a chi, mediante gli strumenti previsti dall'articolo 23 della legge sulla stampa del 1881, neghi, minimizzi o banalizzi in modo oltraggioso l'esistenza di un crimine di genocidio diverso da quelli menzionati nel primo comma, di un altro crimine contro l'umanità, di un crimine di riduzione in schiavitù o di sfruttamento della persona ridotta in schiavitù, ovvero di un crimine di guerra, come definiti dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale.

⁵³⁷ *Conseil Constitutionnel*, 28 febbraio 2012, Décision n° 2012-647 DC.

⁵³⁸ F. M. BENVENUTO, *Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell'esistenza dei genocidi "riconosciuti come tali dalla legge francese"* in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, §3 "Le nuove fattispecie criminose, che restringono ancor di più i confini della liceità dell'opinione negazionista, non sarebbero di per sé in contrasto con l'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che, definendo la libertà di espressione in tutte le sue forme quale "diritto più prezioso", ne ammette, ad ogni modo, delle restrizioni, fissate rigorosamente dalla legge, destinate ad evitare un illecito abuso di diritto"

⁵³⁹ *Ibidem*

⁵⁴⁰ *Conseil Constitutionnel*, Décision n. 2015-512 QPC, 08.01.2016; §7

⁵⁴¹ È stato osservato come in questa decisione, il *Conseil* sembri quindi proporre implicitamente l'esistenza di un criterio geografico che legittima esclusivamente il reato di negazionismo "olocaustico" o legato ad altri fatti della Seconda guerra mondiale, che dà valore al legame tra i fatti oggetto della condotta negazionista e il territorio. V. P. CAROLI, *Il negazionismo come reato nell'ordinamento francese: il Conseil Constitutionnel si pronuncia sulla modifica della fattispecie*, in *L'Indice penale*, 2017, 550-551.

⁵⁴² *Loi n. 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté*, di cui si è già trattato *supra*.

La riforma ha inoltre introdotto due distinte fattispecie di negazionismo, che richiamano la differenziazione dell'ordinamento tedesco tra "menzogna di Auschwitz" semplice e qualificata. La prima ipotesi si integra quando il crimine negato, minimizzato o banalizzato abbia dato luogo a una condanna pronunciata da una giurisdizione francese o internazionale. In questo caso il legislatore ha introdotto una vera e propria «presunzione iuris et de iure del carattere di incitamento all'odio o alla violenza della negazione di memorie accertate giudizialmente»⁵⁴³. La seconda ipotesi ricorreva invece quando la medesima condotta era accompagnata da un incitamento all'odio o alla violenza nei confronti di un gruppo definito sulla base della razza, del colore, della religione, della provenienza o dell'origine nazionale. In questa seconda fattispecie, il requisito dell'incitamento fungeva da elemento "qualificante", necessario a supplire all'assenza di una condanna giudiziaria definitiva del fatto oggetto di negazione.

Il *Conseil constitutionnel* è stato chiamato a pronunciarsi in via preventiva sulla costituzionalità di questa norma. In tale occasione, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della sola seconda fattispecie, ossia del negazionismo "qualificato". Le ragioni di tale declaratoria sono state individuate, in primo luogo, nella ridondanza della norma rispetto al reato di apologia già previsto dall'articolo 24 della medesima legge, che punisce anche la condotta di istigazione all'odio e alla discriminazione. In secondo luogo, la Corte ha valorizzato i profili di criticità derivanti dall'attribuzione al giudice del potere di accertare l'esistenza e il carattere criminale dei fatti oggetto della condotta, con conseguenze problematiche sia sotto il profilo del principio di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, sia rispetto al principio di proporzionalità nel bilanciamento con la libertà di espressione⁵⁴⁴.

⁵⁴³ P. CAROLI, *Il negazionismo come reato nell'ordinamento francese: il Conseil Constitutionnel si pronuncia sulla modifica della fattispecie*, cit., 552. L'autore fa notare anche che altro elemento critico della fattispecie era l'ambiguità dell'avverbio "oltraggiosamente" usato per caratterizzare la condotta di minimizzazione e il fatto che non fosse chiaro se esso andasse riferito esclusivamente alla minimizzazione o anche alla banalizzazione.

⁵⁴⁴ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., 229.

5. Osservazioni conclusive

È stata eseguita un'analisi comparatistica della disciplina dei discorsi d'odio in strumenti normativi di livello sovranazionale e nazionale, nonché della loro applicazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle corti nazionali.

Con riferimento al sistema europeo di tutela dei diritti, un ruolo centrale è svolto dalla Decisione quadro 2008/913/GAI del Parlamento e del Consiglio, che ha introdotto un obbligo uniforme di ricorso al diritto penale per le condotte propagandistiche e istigatorie di stampo razzista e xenofobo, includendo espressamente la criminalizzazione del negazionismo, nonché delle condotte di apologia e di minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale. La Decisione quadro prevede altresì una serie di "correttivi" a tutela della libertà di manifestazione del pensiero, tra cui la possibilità per gli Stati di limitare la punibilità alle sole condotte idonee a turbare l'ordine pubblico e di circoscrivere l'incriminazione del negazionismo ai soli crimini accertati con sentenza passata in giudicato da un tribunale nazionale o internazionale.

È seguita una rassegna approfondita della giurisprudenza della Corte EDU, preceduta dalla ricostruzione del meccanismo di bilanciamento fondato sul principio di proporzionalità, applicato secondo il test trifasico di cui all'articolo 10, paragrafo 2, CEDU. È stata analizzata l'evoluzione dell'articolo 17 CEDU, la c.d. clausola di abuso del diritto, che da una iniziale sostanziale inapplicazione è divenuta dapprima criterio ermeneutico nel bilanciamento e successivamente uno strumento con "effetto ghigliottina", attraverso il quale la Corte dichiara irricevibili i ricorsi eludendo il giudizio di proporzionalità. In una prima fase tale meccanismo è stato attivato in via quasi esclusiva nei casi di negazionismo dell'Olocausto, al quale la Corte sembra attribuire uno status speciale per ragioni storiche e culturali, per poi subire una battuta di arresto in relazione alla negazione o minimizzazione grossolana avente ad oggetto altri fatti storici, diversi dall'Olocausto, la cui qualificazione come genocidi è ancora

dibattuta. Il riferimento è naturalmente alla sentenza *Perinček contro Svizzera*, in cui la Corte ritorna ad applicare il test del bilanciamento, peraltro in modo estremamente accurato, valorizzando un'articolata serie di criteri per valutare la necessità dell'interferenza con la libertà di espressione del ricorrente in una società democratica, ossia ben dieci distinti fattori in grado di cogliere il conflitto tra diritti sotto ogni angolazione possibile, dai più classici come la natura delle affermazioni del ricorrente e la severità dell'intervento delle Corti nazionali a fattori più strettamente di contesto, inclusivi di una disamina delle circostanze storiche e geografiche, se non addirittura demografiche (dimensioni della comunità armena presente in Svizzera) dello scenario in cui le dichiarazioni incriminate si erano inserite.

Sebbene questa pronuncia realizzi l'auspicato ricorso al test del bilanciamento nella sua accezione più ampia e comprensiva di tutte le caratteristiche peculiari del caso concreto, la successiva giurisprudenza della Corte europea, relativa a casi di *historical denialism* aventi nuovamente ad oggetto l'Olocausto ebraico registra una certa ambiguità.

La Corte sembra essere ritornata all'assetto proprio di quella che è stata definita come la seconda fase dello sviluppo del *case law* sull'art. 17 CEDU, la clausola di abuso del diritto, impiegata non in funzione di ghigliottina ma di adiuvante interpretativo pur all'interno della cornice del giudizio di bilanciamento. Un altro significativo cambiamento nell'approccio dei giudici di Strasburgo, è stato il parziale superamento, o comunque, relegazione in secondo piano dell'argomento dell'intangibilità della Shoah in quanto fatto storico la cui ricostruzione è consolidata e non più oggetto di dibattito scientifico e storiografico, a favore della tesi, se si vuole relativistica, secondo cui l'obbligo positivo per lo Stato di proteggere la memoria di quegli avvenimenti è tanto più forte quando esso ha una speciale responsabilità morale e storica rispetto agli accadimenti stessi. Sarà necessario attendere altri casi, preferibilmente relativi al negazionismo c.d. non originario, per osservare che forma prenderà l'approccio della Corte rispetto ai due fenomeni e se permarranno le rilevanti differenze osservate finora.

Un elemento di novità, come illustrato precedentemente, si è invece registrato nella giurisprudenza dei giudici europei in relazione ai casi di *hate speech* omofobico, laddove in una serie di pronunce negli ultimi vent'anni ha progressivamente inasprito il proprio orientamento, fino ad approdare anche in quel filone, all'applicazione dell'art. 17 con funzione di *case killer*, così suscitando, com'era prevedibile e, condivisibilmente, critiche in letteratura, che, coerentemente rispetto a quanto sostenuto in relazione alle sentenze sul discorso negazionista, si soffermano sull'impovertimento dell'apparato motivazionale delle pronunce ogniqualevolta la Corte ricorra a questo meccanismo, con conseguente minor protezione per la fondamentale libertà garantita dall'art. 10 CEDU.

Sul piano dei singoli ordinamenti europei, l'analisi comparata delle discipline nazionali ha riguardato Germania, Spagna e Francia. In Germania è stata ricostruita l'evoluzione dell'articolo 130 *StGB*, relativo all'"aizzamento del popolo", con particolare riferimento all'inserimento della fattispecie di negazionismo e alla distinzione tra statuizioni di fatto e di opinione operata dal *BVerfGE*, cui corrisponde una diversa intensità di tutela. In Spagna è stato esaminato il percorso avviato con la riforma del codice penale del 1995, culminato nella controversa fattispecie dell'articolo 607, secondo comma, di negazione e giustificazione del genocidio, priva di riferimenti all'ordine pubblico, duramente criticata dalla dottrina e dichiarata incostituzionale dal *Tribunal Constitucional* nel 2007, con una distinzione tra fatti e opinioni antitetica a quella tedesca. In Francia è stata ricostruita l'evoluzione della disciplina a partire dalla Legge sulla stampa del 1881, passando per la legge *Gayssot* del 1990 e le successive *lois mémorielles*, fino alla riforma del 2017, nonché le censure del *Conseil Constitutionnel* del 2012 e del 2017.

Tirando le fila del lavoro comparatistico svolto si nota una sostanziale convergenza in questi ordinamenti rispetto all'approccio tendente alla repressione ad ampio raggio del discorso d'odio attraverso lo strumento penalistico, seppur con alcune importanti differenze sul piano del rispetto del principio di frammentarietà nella tecnica legislativa adottata.

In particolare, soprattutto a seguito delle recenti riforme intervenute in Germania, il confronto tra ordinamento tedesco e spagnolo mette in evidenza un'evoluzione rilevante. Anche nel primo si registra un ampliamento progressivo dell'area del penalmente rilevante, tanto sul versante dell'*hate speech* in senso stretto, quanto su quello del negazionismo, nonostante il maggiore *self restraint* dimostrato in passato del legislatore tedesco rispetto a quello spagnolo.

Come si ricorderà, nel 2021 è stata introdotta una specifica figura di insulto consistente nel far pervenire a una persona un contenuto idoneo ad aggredire la dignità umana, in quanto offende, denigra in modo malevolo o diffama un gruppo determinato dalla nazionalità, dall'origine razziale, religiosa o etnica, dall'orientamento ideologico (*Weltanschauung*), dalla disabilità o dall'orientamento sessuale, ovvero un singolo individuo in ragione della sua appartenenza a uno di tali gruppi, con pena detentiva fino a due anni oppure pena pecuniaria.

Più di recente, nel 2023, la disciplina sul negazionismo è stata estesa, nelle forme della negazione, della minimizzazione grossolana e dell'esaltazione, a tutti i genocidi, crimini contro l'umanità e crimini di guerra commessi contro persone appartenenti a gruppi definiti sulla base di nazionalità, etnia, razza e religione, pur subordinandone la punibilità a due requisiti ulteriori; l'idoneità della condotta a incitare all'odio contro tali gruppi e i loro singoli appartenenti e l'idoneità della stessa a disturbare la pace pubblica.

Questi interventi hanno contribuito a un progressivo avvicinamento delle fisionomie fattispecie di incitamento all'odio tedesca e spagnola, nonché di quelle relative alla diffusione e pubblicazione di materiale che veicoli messaggi d'odio, discriminazione e violenza razziale, sebbene le due legislazioni tipizzino le condotte in modo non coincidente.

Nel caso tedesco, tale evoluzione appare stimolata, da un lato, dal diritto eurounitario e, dall'altro, dalla reazione istituzionale a gravi attentati terroristici di matrice xenofoba ed estremista, che hanno inciso sull'opinione pubblica e fatto emergere, già a livello di *Kulturnormen*, un bisogno di rafforzata tutela delle minoranze etniche. La

Spagna, che invece aveva inizialmente imboccato una via marcatamente espansiva, è stata costretta a temperare le opzioni più interferenti con la libertà di espressione a seguito dell'intervento del *Tribunal Constitucional*; ciò non ha impedito, tuttavia, che il legislatore continuasse ad ampliare l'ambito di applicazione delle fattispecie attraverso una incessante espansione del catalogo delle caratteristiche protette. Secondo una parte della dottrina, tale dinamica produce un effetto collaterale potenzialmente distorsivo; la formulazione neutra di alcune delle caratteristiche protette (si pensi, ad esempio, all'orientamento sessuale oppure alle convinzioni personali e all'ideologia politica) rischia di trasformare queste incriminazioni in strumenti utilizzabili per reprimere l'antagonismo politico o, paradossalmente, per alimentare nuove forme di repressione nei confronti delle minoranze stesse.

Al di là della diversa ampiezza dei cataloghi dei *grounds of discrimination*, la comparazione rigorosamente strutturale suggerisce che l'ordinamento tedesco presenti, in materia di incitamento all'odio, un assetto complessivamente più equilibrato rispetto a quello spagnolo in relazione alla libertà di espressione. Ciò avviene, da un lato, perché la disciplina tedesca circoscrive le condotte vietate al solo incitamento all'odio e, dall'altro, perché richiede, come ulteriore filtro, l'idoneità della condotta a turbare la pace pubblica: un parametro di contenimento che appare più pregnante del mero requisito della pubblicità previsto dall'omologa fattispecie spagnola, la quale, inoltre, estende il novero dei fatti penalmente rilevanti, oltre all'incitamento, per giunta sia diretto, che indiretto, anche alla , promozione e favoreggiamento di odio, ostilità, discriminazione e violenza.

Analoga differenza si coglie con riguardo alla diffusione e produzione di materiale veicolate odio; la tipizzazione tedesca individua con maggiore determinatezza tre nuclei di contenuto (messaggi di incitamento all'odio, invocazione di misure violente o arbitrarie e attacchi alla dignità umana mediante insulti, calunnie o diffamazioni), laddove la disposizione spagnola ricorre ancora una volta a una clausola ampia, riferita a contenuti «*idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia*».

La divergenza più marcata riguarda tuttavia il negazionismo.

In Germania, la disciplina prevede due fattispecie distinte;; una più estesa relativa ai crimini commessi dal regime nazionalsocialista (non solo contro il popolo ebraico), che richiede la pubblicità e l' idoneità della condotta a turbare la pace pubblica; l'altra, più circoscritta, relativa alla negazione di altri crimini internazionali, che esige non solo la pubblicità e l' idoneità a turbare la pace pubblica, ma anche l' idoneità a incitare all' odio o alla violenza, con un trattamento sanzionatorio differenziato (fino a cinque anni nella prima ipotesi, fino a tre anni nella seconda, entrambe alternative alla multa). L'ordinamento spagnolo, invece, sceglie di ricondurre tali condotte ad un'unica figura, che punisce la negazione, minimizzazione grossolana o esaltazione quando commesse pubblicamente e «*cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación*», formula dai contorni più vaghi e sfumati rispetto al riferimento, maggiormente circoscritto, all'incitamento all'odio.

A completare il quadro, la disciplina francese si segnala per l'elevata comprensività e stratificazione, in quanto, accanto alle fattispecie pubbliche di istigazione, discriminazione e ingiuria discriminatorie, sono contemplate anche ipotesi non pubbliche, sebbene qualificate come contravvenzioni e punite con la sola ammenda.

L'istigazione pubblica, inoltre, è prevista nella sola forma di istigazione diretta ed è punita con pena inferiore rispetto alle omologhe fattispecie tedesca e spagnola, ossia con una pena fino a un anno e una multa di 45.000 euro, eventualmente alternative tra loro. Anche il negazionismo, pur richiedendo la pubblicità e la sua realizzazione attraverso il mezzo della stampa, non è subordinato né a requisiti di carattere istigatorio né all' idoneità della condotta a turbare la pace pubblica o il clima sociale.

Resta, infine, un tratto comune alla Francia e alla Spagna ossia la tendenza del legislatore ad ampliare progressivamente l'oggetto del discorso negazionista punibile, come mostra, nell'ordinamento francese, il tentativo del 2012 di introdurre una criminalizzazione generalizzata della negazione di tutti i crimini riconosciuti come tali dalla legge francese, poi intercettato dal *Conseil constitutionnel*.

Svolte tali osservazioni, si procederà ora nell'analisi delle discipline penalistiche del discorso d'odio, volgendo lo sguardo alla disciplina antidiscriminatoria

nell'ordinamento italiano, a partire dal suo sviluppo storico, al fine di individuarne le problematiche attuali, così come evidenziate dal dibattito dottrinale.

Sezione Terza

L'ordinamento penale antidiscriminatorio italiano: un quadro travagliato tra esigenze di tutela e limiti del diritto penale.

1. Ricostruzione del quadro normativo della legislazione antidiscriminatoria italiana: una stratificazione di riforme

La storia della disciplina antidiscriminatoria italiana affonda le proprie radici nella reazione al passato fascista e, più in generale, alla «connotazione profondamente razzista»⁵⁴⁵ che già caratterizzava la società italiana tra la fine dell'Ottocento e il Novecento, in relazione soprattutto alla colonizzazione del Corno d'Africa, durante la quale la discriminazione razziale operò come strumento di dominio e oppressione. Proprio in questo contesto, infatti, maturò la teoria della superiorità razziale, sostenuta da parte della classe politica e intellettuale italiana.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018, 182.

⁵⁴⁶ Per una trattazione accurata del contesto sociale dell'Italia liberale durante la fase della colonizzazione si veda L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà d'espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, 144 ss. Proprio su queste teorizzazioni si innestò il razzismo fascista, dall'Autrice ritenuto un carattere della società italiana dell'epoca, e non un razzismo "di riflesso", ossia il prodotto della mera acquiescenza alle richieste dell'alleato nazista, che portò a ben note aberrazioni come le c.d. leggi razziali (Regio decreto legge n. 1728/ del 17 novembre 1938, preceduto dal "Manifesto della razza" del 14 luglio 1938), con le quali il Regno si trasformò definitivamente in uno "Stato Razzista"(152).

In sede di elaborazione della Costituzione repubblicana del 1948, la “pregiudiziale antifascista” costituì il fondamento dell’accordo tra forze politiche eterogenee⁵⁴⁷. Nel dibattito sull’articolo 49, relativo ai partiti politici, Palmiro Togliatti propose l’introduzione del divieto di riorganizzazione del Partito fascista, proposta accolta e confluita nella XII disposizione transitoria e finale, che ne vieta appunto «la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma»⁵⁴⁸. Tale previsione segna una differenza tra la nostra Carta dei diritti, che limita la libertà ideologica solo relativamente al partito fascista rispetto alla *Grundgesetz* tedesca, la quale adotta una generale clausola di difesa, dichiarando incostituzionali tutti i partiti che si pongano in conflitto con il libero e democratico ordinamento della Repubblica federale tedesca, qualificandosi in tal modo come “militante”.

L’attuazione della XII disposizione avvenne con la legge n. 645 del 1952, nota come legge Scelba⁵⁴⁹, che all’art. 2 prevede il reato di ricostituzione del partito fascista come definita dal precedente art. 1. Ai fini della presente analisi, in materia di discorsi d’odio, è rilevante il fatto che la legge consideri la propaganda razzista come una possibile modalità attraverso la quale un’associazione o un movimento può perseguire finalità antidemocratiche, proprie della citata compagine politica, così realizzandone

⁵⁴⁷ *Ibidem*, 165 ss. Si fa notare che l’antifascismo abbia costituito esclusivamente la base per l’accordo tra le forze politiche, ma come la Costituzione stessa sia ispirata da una volontà di forte censura nel passato, circoscrivendo la questione del regime proprio nella XII disposizione transitoria e finale.

⁵⁴⁸ G. D’ELIA, *Disposizione transitorie e finali-Art. XII*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006. In realtà la normativa antifascista italiana, sviluppatasi in attuazione di quella disposizione transitoria e finale, è altresì il frutto degli accordi internazionali seguiti alla Seconda guerra Mondiale, specialmente della Convenzione di armistizio che richiedeva all’Italia di “sciogliere le organizzazioni fasciste” e dal Trattato di Pace che all’articolo 17 statuisce l’impegno a “di non permettere la rinascita di simili organizzazioni, siano esse politiche, militari o militarizzate”, il cui scopo sia l’eliminazione dei diritti democratici”. Sul punto, si veda D. MANNA, voce *Fascismo (sanzioni contro)*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 2000.

⁵⁴⁹ A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. Art. 21: la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna, Roma, 2006, 29 s. (in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di) *Commentario della Costituzione*), 276. Antecedente di essa, è la legge 1546 del 3 dicembre 1947 con cui l’Assemblea costituente aveva introdotto una serie di reati di opinione agli articoli 6 (pubblica istigazione diretta a promuovere la ricostituzione del disciolto partito fascista o la restaurazione dell’istituto monarchico), 7 (pubblica esaltazione delle persone e delle ideologie proprie del fascismo e manifestazioni pubbliche di carattere fascista), 9 (propaganda pubblica per la restaurazione violenta della dinastia Sabauda). La legge era destinata a rimanere in vigore solamente fino alla riforma del codice penale e comunque non oltre cinque anni. È stato osservato che la Legge Scelba abbia apportato un *quid pluris* ai contenuti della sua antecedente, perché alla punizione di condotte legate in qualche modo ad un’attività violenta, sostituisce fattispecie di matrice esclusivamente ideologica.

la riorganizzazione.⁵⁵⁰ Oltre a ciò, la legge prevede due veri e propri reati di opinione; l'art. 4 punisce l'apologia del fascismo⁵⁵¹, ossia la condotta di chi, fuori dal caso preveduto dall'art. 1, esalta pubblicamente esponenti, principii, fatti o metodi del fascismo, oppure le finalità antidemocratiche proprie del partito fascista. L'articolo 5 punisce, inoltre, le manifestazioni fasciste⁵⁵², ovvero chiunque con parole, gesti o in qualunque altro modo compie pubblicamente manifestazioni usuali al disciolto partito fascista. È stato osservato che il legislatore repubblicano abbia scelto di predisporre strumenti repressivi specifici, anziché affidarsi ai reati di opinione del codice penale, «per prevenire la diffusione dell'ideologia fascista, in quanto concezione che non può essere fatta valere per la formazione della politica nazionale»⁵⁵³.

Il collegamento tra apologia del fascismo e discorsi d'odio razziale fu valorizzato dalla successiva legge n. 654 del 1975, nota come legge Reale, e dalla giurisprudenza di legittimità, che attribuì all'art. 3 della stessa, che punisce la propaganda di idee fondate sulla superiorità razziale, una funzione sussidiaria rispetto all'art. 1 della l. Scelba, grazie alla clausola «salvo che il fatto non costituisca più grave reato»⁵⁵⁴. Negli anni

⁵⁵⁰ Legge no. 645, 20 giugno 1952, art. 1: «Ai fini della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione, si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione o un movimento persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politico o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principii, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista».

⁵⁵¹ D. MANNA, voce *Fascismo (sanzioni contro)*, in *Dig. Disc. Pen.*, cit., osserva che: «La «legge Scelba» non si limitò però soltanto a ripercorrere il filone tracciato dalle precedenti normative, che si occuparono infatti soltanto del reato associativo e di quella che può in un certo senso qualificarsi come una sua diretta «appendice», cioè l'istigazione, bensì andò decisamente oltre. Introdusse infatti due ulteriori fattispecie criminose, di matrice *esclusivamente* ideologica, quali l'apologia del fascismo e le manifestazioni fasciste. Ciò, almeno a nostro avviso, determina una certa qual «discrasia» fra la XII disp. trans. e fin. della Costituzione, che si è limitata al solo reato associativo, e la legge del 1952, che invece, andando chiaramente «ultra petita», ha introdotto altresì i due reati di opinione summenzionati».

⁵⁵³ A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. Art. 21: la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 277.

⁵⁵⁴ Ossia, quando non si possa ritenere che la propaganda razzista costituisca modalità di ricostituzione del partito fascista. V. Cass. Pen., 7 maggio 1999, n. 7812 in *DeJure*; «Peraltro, l'art. 1 della legge Mancino si apre con una clausola di riserva espressamente contenuta nel primo comma della norma, che la considera sussidiaria («salvo che il fatto costituisca più grave reato», dice), a conferma che la sua applicabilità è esclusa finché è o resta applicabile la norma principale, onde evitare duplicità di incolpazione per un'unica condotta. Corollario di questo principio è che la norma principale, che contempla un grado diverso di offensività dello stesso bene protetto dalla norma sussidiaria e può anche assumere rispetto a questa connotati e finalità che si aggiungono e proseguono in direzione autonoma,

Settanta, a seguito della ratifica della Convenzione ONU del 1965 sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, fu adottata la legge Reale del 13 ottobre 1975⁵⁵⁵, che rappresentò «il primo strumento normativo che tenta di disciplinare in modo tendenzialmente organico il tema dei discorsi d'odio»⁵⁵⁶. Essa introdusse al proprio art. 3 una duplice disposizione. Da una parte si prevedeva la fattispecie di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, dall'altra quella di incitamento alla discriminazione e alla violenza, la commissione di atti di violenza, e, con una formulazione convoluta e ripetitiva, la commissione di provocazione alla violenza nei confronti di persone, perché appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale⁵⁵⁷.

E' stato sostenuto che la ricezione degli standard internazionali in Italia fu agevolata dalla presenza della folta categoria dei reati di opinione, nonché dalla già illustrata relazione tra la propaganda razzista e la disciplina antifascista contenuta nella legge Scelba, attuativa della XII disposizione transitoria e finale; nonostante la pluralità di strumenti normativi, tuttavia, la giurisprudenza degli anni '60 aveva manifestato una grande riluttanza nella repressione di manifestazioni d'odio, soprattutto a carattere antisemita⁵⁵⁸. La scarsa efficacia deterrente della legge del 1975 nonché la severità dell'impianto sanzionatorio, condusse, negli anni Novanta, ad un nuovo intervento del

se ritenuta applicabile, esaurisce il disvalore penale del fatto e tutela anche l'interesse protetto dall'altra. Per cui venendo meno la norma principale per l'insussistenza di elementi specializzanti rispetto alla norma sussidiaria, questa riprende vigore ed esplica la sua funzione con la sanzione penale che le è propria e consegue alla violazione del relativo precetto».

⁵⁵⁵ Lo stesso anno fu introdotta la legge del 22 maggio 1975, n. 152 contenente “disposizioni a tutela dell'ordine pubblico” che inasprì le disposizioni contenute dalla Legge Scelba, sia dal punto di vista sanzionatorio, che dal punto di vista delle fattispecie incriminatrici.

⁵⁵⁶Per la ricostruzione dell'impianto normativo relativo ai discorsi d'odio, *ex multis*, v. I. SPIGNO, Discorsi d'odio, cit., 191, L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 263 ss, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 342 ss., L. D'AMICO, *I delitti contro l'eguaglianza*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, a cura di, *Diritto penale*, III; 2022, 6101 ss. Nella manualista, A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale, I, Introduzione e analisi dei titoli*⁷, 2023, Wolters Kluwer, 390 ss.

⁵⁵⁷ Art. 3, co. primo, l. n. 654 del 1975. il secondo comma della disposizione prevede una fattispecie associativa, che vieta la costituzione di organizzazioni, gruppi o associazioni che abbiano tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi. Sono previste pene diverse a seconda della pregnanza della condotta, se partecipativa, promozionale o direttiva.

⁵⁵⁸ A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. Art. 21: la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 288, nt.38. Cass. pen., 24 febbraio 1964, e Cass. Pen, 5 aprile 1961 in *Il Foro Italiano*, 1962, Vol. 85, 68 ss.

legislatore attraverso il c.d. decreto (poi legge) Mancino⁵⁵⁹. Esso ampliò le categorie protette, includendo le idee fondate sull'odio entico, non solo razziale, tra quelle oggetto di diffusione, nonché i profili etnici e religiosi tra gli elementi caratterizzanti i gruppi destinatari di condotte di incitamento alla discriminazione e alla violenza, oltre che alla commissione di atti violenti, e attenuò il trattamento sanzionatorio, differenziando tra le fattispecie di diffusione di idee e incitamento alla discriminazione, punite con la reclusione fino a tre anni, e l'incitamento alla violenza, la commissione di atti violenti o provocazione alla violenza, punite più severamente con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Furono inoltre introdotte due nuove fattispecie; la prima, relativa alle c.d. manifestazioni razziste⁵⁶⁰, la seconda consistente in una circostanza aggravante generale per i reati commessi per finalità di odio o discriminazione⁵⁶¹. È anche interessante notare che la legge del 1993 prevedesse delle pene accessorie, che si declinano in sanzioni con spiccate finalità rieducative, tra cui il lavoro a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, volte a rieducare il soggetto a quei valori che sono intrinsecamente antitetici a quelli tendenzialmente propugnati dai gruppi cui fa riferimento il secondo comma, dell'articolo 3 della Legge Reale⁵⁶².

Nel 2006, la legge del 24 febbraio, n.85, di riforma dei reati di opinione intervenne sull'articolo 3 della legge Reale, attraverso una serie di modifiche terminologiche,

⁵⁵⁹ Decreto-legge del 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla legge, del 25 giugno 1993, n. 205

⁵⁶⁰ Art. 2 "Disposizioni di prevenzione": chi in pubbliche riunioni compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654 è punito con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da lire duecentomila a lire cinquecentomila. 2. È vietato l'accesso ai luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche alle persone che vi si recano con emblemi o simboli di cui al comma 1. Il contravventore è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno".

⁵⁶¹ Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, [la pena è aumentata fino alla metà].

⁵⁶² In particolare, art.1, commi 1-*bis*: "Con la sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, o per uno dei reati previsti dalla legge 9 ottobre 1967, n. 962, il tribunale può altresì disporre una o più delle seguenti sanzioni accessorie: A) obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, secondo le modalità stabilite ai sensi del comma 1-*ter*"; 1-*sexies* : "L'attività può essere svolta nell'ambito e a favore di strutture pubbliche o di enti ed organizzazioni privati".

volti a conferire maggiore precisione alla norma e un ridimensionamento del trattamento sanzionatorio.

Quanto al primo profilo, la riforma del 2006 ha sostituito l'espressione "diffusione con ogni mezzo" con il termine "propaganda", generando un dibattito sul significato da attribuire alle conseguenze di questa alterazione; in particolare, la dottrina è attestata su due posizioni differenti. Secondo un primo orientamento⁵⁶³, tale modifica non avrebbe prodotto effetti sostanziali, in quanto tra diffusione e propaganda sussisterebbe una sostanziale equivalenza, tesi recepita anche da parte della giurisprudenza⁵⁶⁴. Al contrario, un diverso filone ritiene che l'introduzione del termine "propaganda", che si porrebbe rispetto al precedente «in rapporto di *specialità per specificazione*»⁵⁶⁵, qualificando così la propaganda come una forma di «divulgazione qualificata»⁵⁶⁶, abbia ristretto significativamente l'area del penalmente rilevante, poiché esso presuppone un'ulteriore capacità selettiva della condotta, ossia l'idoneità della comunicazione a raccogliere un numero considerevole di consensi⁵⁶⁷. La Suprema Corte ha recentemente precisato che la propaganda consiste nella divulgazione di opinioni finalizzate a influenzare il comportamento e la psicologia di un vasto pubblico e a raccogliere adesioni⁵⁶⁸. È inoltre significativo che la propaganda

⁵⁶³ G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, cit. 10. M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in materia di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 1206.

⁵⁶⁴ Cass. pen., 16 febbraio 2016, n.34713, in *DeJure*, massima: "la sostituzione, nel comma 1, lett. a), l. 13 ottobre 1975 n. 654, della parola "diffonde" con quella "propaganda" e della parola "incita" con quella "istiga" non comporta, ai fini della configurabilità del reato, sostanziali novità rispetto al passato, atteso che, quanto all'"incitamento", la differenza semantica rispetto all'"istigazione" appare del tutto inesistente, mentre, quanto al "propagandare", tale condotta si differenzia soltanto per specificazione da quella costituita dalla generica "diffusione", nella quale doveva quindi già ritenersi compresa, trattandosi di diffusione caratterizzata, fin dalla originaria formulazione della norma, dalla finalità di incitare al mutamento delle idee e dei comportamenti del pubblico.

⁵⁶⁵ F. BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale simbolica?*, in *Criminalia*, 2018, 3.

⁵⁶⁶ *Ibidem*

⁵⁶⁷ F. BACCO, *Norme antidiscriminatorie* in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto Penale. Parte Speciale*³, I, *Tutela penale della persona*, Torino, 2019, 403 ss.,

⁵⁶⁸ Cass. pen. 23 giugno 2015, n. 36906 in *DeJure*. Sebbene la Corte in una diversa sentenza abbia precisato come la condotta di propaganda discriminatoria, non debba obbligatoriamente caratterizzarsi per la capacità di condizionare ed influenzare il comportamento di un vasto pubblico, tuttavia essendo necessario accertare l'idoneità concreta e intrinseca della condotta a determinare altri a compiere

penalmente rilevante riguardi esclusivamente idee fondate sulla superiorità razziale ed etnica, rimanendo esclusi i motivi nazionale e religioso, fatto che sembra rispondere all'esigenza di evitare una compressione eccessiva della libertà di manifestazione del pensiero⁵⁶⁹.

Quanto alla istigazione, essa rappresenta un'eccezione all'articolo 115 c.p., che esclude la punibilità dell'istigazione non accolta. In questo ambito, invece, la legge qualifica l'istigazione come fattispecie autonoma di "mera istigazione", «senza richiedere che quest'ultima attinga il soggetto cui viene rivolta»⁵⁷⁰, con una chiara anticipazione della soglia di tutela al fine di prevenire la commissione dell'atto discriminatorio⁵⁷¹. Propaganda e istigazione configurano così reati di pura condotta, che si perfezionano indipendentemente dall'effettivo accoglimento del messaggio⁵⁷², mentre il momento consumativo coincide con l'istante in cui la condotta espressiva è esteriorizzata.

Vennero anche ulteriormente ridotte le pene in relazione alla fattispecie propagandistica, per cui il massimo edittale della pena detentiva scede da tre anni ad un anno e sei mesi. Un passaggio molto rilevante si è avuto con la legge n. 115 del 2016, di attuazione della Decisione quadro 2008/913/GAI, che ha aggiunto all'allora all'art.3, il comma 3-*bis*, con il quale si puniscono con la pena della reclusione da due anni e sei mesi, la propaganda, l'istigazione o l'incitamento fondati sulla negazione della Shoah e dei crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra, così come definiti dagli artt. 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale. Nel 2017, la c.d. Legge europea del 20 novembre, n. 167 è ulteriormente intervenuta su questo comma con l'aggiunta delle condotte di minimizzazione grave e apologia, oltre a quella di negazionismo *tout court*.

un'azione violenta, attraverso una analisi di elementi contestuali del fatto specifico. Cass. pen., 22 novembre 2012, n. 47894 in DeJure. Sul punto si veda I. SPIGNO, *Discorsi d'odio*, cit., 210.

⁵⁶⁹ F. BACCO, *Norme antidiscriminatorie*, cit., 405.

⁵⁷⁰ L. D'AMICO, *I delitti contro l'eguaglianza*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Diritto Penale*, 3, Torino, 2022, 6106.

⁵⁷¹ L. GOISIS, *Crimini*, cit., 284.

⁵⁷² Cass. pen. 7 maggio 2008, n.37581, massima, in DeJure.

Infine, il decreto legislativo del 1° marzo 2018, n. 21 ha trasferito all'interno del codice, nella Sezione I-bis, inserita al Capo III del Titolo XII del Libro II del c.p. dedicata ai "Delitti contro l'eguaglianza", l'articolo 3 della legge n. 654/1975 all'articolo 604-bis e la circostanza aggravante dell'odio razziale, etnico, religioso e nazionale prevista dall'articolo 3 della Legge Mancino, all'articolo 604-ter⁵⁷³.

2. L'opportunità della repressione penale del negazionismo nel dibattito penalistico italiano.

Prima di addentrarsi ulteriormente nell'analisi dei diversi profili problematici posti dall'impianto normativo appena descritto, pare opportuno soffermarsi sull'ampissimo dibattito generato nella dottrina penalistica italiana (ma anche oltre i suoi confini) in relazione al tema della criminalizzazione delle condotte negazioniste. Per fare ciò è opportuno effettuare in primo luogo una ricognizione del negazionismo quale fenomeno. Per quanto difficilmente definibile in modo univoco⁵⁷⁴, esso può essere descritto come un fenomeno culturale, politico e giuridico che si «manifesta in comportamenti e discorsi che hanno in comune la negazione, almeno parziale, della

573 Nell'ambito dell'attuazione della c.d. riserva di codice. In generale, sul principio di riserva di codice, *ex multis*, v. M. DONINI, *La riserva di codice (art 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *La Legislazione penale*, 2018, M. PAPA, *Codici e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2019, 417-436; 1-28, G. LOSAPPIO, *Riserva di codice. La ricodificazione che decodifica (codex reloaded)*, in *Archivio penale*, 2023, 1-21.

⁵⁷⁴ C.D. LEOTTA, *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte EDU sul genocidio armeno (2015)*, CEDAM, 2016, 1. Questa difficoltà definitoria gioca un ruolo rilevante sotto il profilo penale poiché crea dei problemi nel costruire una fattispecie incriminatrice sufficientemente chiara come richiesta dal principio di legalità, sia nell'ambito della disciplina costituzionale nazionale (art. 25, secondo comma, Cost.), che in quella convenzionale europea (art. 7 CEDU). L'Autore nota anche come Perincek, nel suo ricorso davanti alla Corte europea dei Diritti umani, avesse lamentato non solo la violazione dell'articolo 10 CEDU che sancisce la libertà di espressione, ma anche l'articolo 7 in materia di legalità penale.

verità di fatti storici percepiti dai più come fatti di massima ingiustizia e pertanto oggetto di processi di elaborazione scientifica e/o giudiziaria di responsabilità»⁵⁷⁵.

Elemento preliminare imprescindibile è la distinzione dal revisionismo storico: nel linguaggio giornalistico i due termini sono spesso confusi, con conseguenti fraintendimenti circa natura e origini di entrambi⁵⁷⁶. Il revisionismo consiste, invece, nella pratica storiografica di riesaminare i fatti storici alla luce di nuove fonti o di nuove interpretazioni di quelle già disponibili, dando luogo a ricostruzioni aggiornate degli eventi: esso rappresenta, in questo senso, l'essenza stessa del lavoro storiografico, fondato su continua elaborazione e confutazione di modelli pregressi⁵⁷⁷, al punto che è stato affermato che «ogni storico, e più in generale ogni ricercatore, non può che essere revisionista»⁵⁷⁸.

Sul rapporto tra i due fenomeni le posizioni divergono: secondo alcuni il negazionismo sarebbe una *species* estrema del *genus* revisionista; secondo altri, al contrario, esso non è in alcun modo riconducibile «alla revisione di verità storiche consolidate», ma alla «contestazione radicale di atroci eventi passati, a prescindere dal rispetto di

⁵⁷⁵ J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2008, 1201.

⁵⁷⁶ E. FRONZA, *Il Negazionismo come reato*, Milano, 2012, Sull'importanza per la tutela della libertà di espressione di una chiara distinzione tra negazionismo e revisionismo storico si veda anche C.D. LEOTTA, *Profili penali del negazionismo*, cit., 14. L'Autore fa notare che una certa confusione e approssimazione nell'uso di questi due termini risulti anche dalle parole usate dalla Corte di Strasburgo nella sua ampia giurisprudenza sul fenomeno: in particolare nel caso *Garaudy v. France* del 2003, la Corte parve lasciare intendere una equiparazione dei due fenomeni: «la négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public»; tale tendenza era anche emersa nel precedente caso *Lehideux and Isorni v. France* dove però la Corte aveva accordato ai ricorrenti la protezione offerta dall'art. 10 CEDU, sottolineando come non sia esclusa da tale tutela una affermazione storica che ometta gli aspetti più controversi di una figura storica, pur consolidati nella ricostruzione storiografica maggioritaria, per concentrarsi unicamente su quelli positivi. Va sottolineato che in questo caso i ricorrenti non avevano né negato, né minimizzato in alcun modo lo sterminio degli Ebrei, ma solo difeso la figura del Maresciallo Petain dall'accusa di essere stato un collaborazionista del Reich durante la sua occupazione della Francia.

⁵⁷⁷ E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, 27. Sul punto si veda anche G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in M. AINIS, *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, 107 s.: «Va premesso che la storiografia è un'attività di per sé revisionista poiché non esistono pagine di storia che non possono essere riesaminate alla luce di nuovi elementi o di nuove considerazioni. Pertanto, da un punto di vista storico non è tanto rilevante se una tesi è revisionista, quanto se è e più o meno fondata.»

⁵⁷⁸ E. FRONZA, *Il Negazionismo come reato*, Milano, 2012, XIV.

qualsiasi regola storiografica»⁵⁷⁹. In ogni caso è unanime la constatazione che il negazionismo non si basi su una ricostruzione scientifica dei fatti, ed esso è criticato tanto per il metodo quanto per i contenuti.

Storicamente, la prima manifestazione del fenomeno è legata all'Olocausto. L'originaria accezione di "negazionismo", introdotta da Henry Rousso in *La sindrome di Vichy* (1987), designa la negazione totale o parziale della Shoah, intesa come sterminio programmato del popolo ebraico in Europa ad opera del regime nazionalsocialista, attuato nel corso della Seconda guerra mondiale quale realizzazione della "soluzione finale" decisa alla Conferenza di Wannsee del 1942⁵⁸⁰.

Quanto ai contenuti, si possono distinguere due filoni: uno, definito «più propriamente revisionista», non nega il "fatto principale", cioè l'eliminazione fisica degli ebrei, ma tende a ridistribuire o attenuare le responsabilità, sottraendole alle figure centrali del regime nazista e riconducendo la Shoah al novero delle "ordinarie" stragi di guerra; l'altro è il vero e proprio filone negazionista, che nega in toto il verificarsi della Shoah⁵⁸¹. Un *topòs* ricorrente di questo secondo filone è il diniego dell'esistenza delle camere a gas come strumento di sterminio di massa⁵⁸².

Col tempo, l'area tematica colpita dalle teorie negazioniste si è ampliata, fino a comprendere diversi genocidi e crimini contro l'umanità verificatisi prima della

⁵⁷⁹ C. CARUSO, *Dignità degli altri e spazi di libertà degli intolleranti. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quad. Cost.*, 2013, 798.

⁵⁸⁰ C.D. LEOTTA, *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte EDU sul genocidio armeno*, Torino, 2016, 3. L'autore parla del negazionismo "olocausto" come il modello che ha ispirato tutte le successive manifestazioni di questo stesso fenomeno.

⁵⁸¹ E. FRONZA, *Il Negazionismo come reato*, Milano, 2012, XV; sul punto si veda anche V. PISANTY, *Sul negazionismo*, in E. COLLOTTI, *Fascismo e antifascismo. Rimozioni, revisioni, negazioni*, Roma-Bari, 2000, 44: "Mentre il revisionista argomenta la sua tesi eretica a partire da una base storiografica accertata, il negazionista rifiuta questa base".

⁵⁸² Sul punto si veda D. FRASER, "On the Internet, nobody knows you're a Nazi": some comparative legal aspects of Holocaust denial on the WWW in I. HARE, J. WEINSTEIN *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 577, per un elenco riassuntivo delle argomentazioni principali dei negazionisti dell'Olocausto: "The Holocaust did not occur because there is no so-called Hitler document: a written order from Hitler requiring the killing of Jews; There was no gas chamber used for killing Jews and others in the camps. Gas was used to decontaminate prisoners' clothing. The deaths in the various prison or concentration camps were due to a combination of disease, deprivation caused by the war, and Allied attacks, etc. [...]."

Seconda guerra mondiale e in epoca più recente⁵⁸³. Ne risulta che il negazionismo è oggi qualificato soprattutto come metodologia: una pratica discorsiva basata su manipolazione, stravolgimento e travisamento dei fatti storici, in spregio alle molteplici prove e testimonianze che ne confermano l'accadimento⁵⁸⁴. Tale metodo si appropria di un linguaggio pseudo-logico e pseudo-giudiziario per attaccare le ricostruzioni degli storici "sterminazionisti", relativizzandole a "semplici tesi" e pretendendo prove sempre ulteriori, sostenendo che quelle finora offerte non sarebbero conclusive⁵⁸⁵.

Si può pertanto distinguere tra la regolamentazione penale del negazionismo dell'Olocausto e le fattispecie che hanno ad oggetto altri genocidi e crimini contro l'umanità, le quali pongono problemi peculiari. Così, ad esempio, l'inquadramento giuridico della vicenda armena nel crimine di genocidio, come oggi definito dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, è tutt'altro che pacifico, anche in ragione del fatto che il concetto di genocidio è stato elaborato solo trent'anni dopo quegli eventi da Raphael Lemkin e teorizzato in *Axis Rule in Occupied Europe* (1944)⁵⁸⁶.

Dal punto di vista storico, il negazionismo nasce alla fine della Seconda guerra mondiale, quando cominciano a circolare studi che, in chiave apologetica del nazionalsocialismo, minimizzano o negano i suoi crimini, in primis l'Olocausto,

⁵⁸³ E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical Denialism. Free Speech and the Limits of Criminal Law*. Berlin: Heidelberg, 2018: "Today, however, the concept of denialism has a much broader connotation. It now includes the questioning of other crimes such as genocide, crimes against humanity, and war crimes (for instance the Armenian genocide by the Turkish Government during World War I; the Porrajmos, that is to say the Nazi extermination of European Gypsies; the Holodomor, also known as the Ukrainian Holocaust; or, more recently, the crimes perpetrated in the former Yugoslavia, in Rwanda and Cambodia. More recently, the term has circulated in contexts other than that of criminal law. For example, we speak of climate change denialism, the negation of the moon landing or the belief that AIDS is a hoax".

⁵⁸⁴ E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, *passim*.

⁵⁸⁵ C. LEOTTA, *Profili penali del negazionismo*, cit., 10.

⁵⁸⁶ Questo punto è stato trattato anche nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che ha trattato il caso di un politico turco, Doğu Perinçek, condannato in Svizzera per aver affermato che le gravi violenze commesse nei confronti della comunità armena all'interno dell'Impero ottomano nel 1915 non costituissero genocidio. Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera* [Grande Camera (GC)], ric. N. 27510/08, 15 ottobre 2015. Sul punto si veda. Paragrafi successivi.

riducendoli a finzioni propagandistiche dei vincitori. Il fenomeno conosce poi una forte accelerazione dalla fine degli anni Settanta, favorita dal trascorrere del tempo e dalla diminuzione dei sopravvissuti in grado di testimoniare direttamente le persecuzioni e lo sterminio. In questo contesto si forma una “scuola” negazionista, i cui esponenti si autodefiniscono “storici revisionisti” per ammantare le proprie tesi di una parvenza scientifica; essi provengono prevalentemente da ambienti di estrema destra, ma anche, in misura minore, di estrema sinistra, e si raccolgono attorno a due poli principali: la libreria e casa editrice *Vielle Taupe*, di orientamento anarco-marxista, e l'*Institute for Historical Review* in California⁵⁸⁷.

Negli ultimi anni il negazionismo si è diffuso anche in diversi Paesi del Medio Oriente⁵⁸⁸ e in ambiti del fondamentalismo islamico⁵⁸⁹, spesso nella forma di drastici ridimensionamenti dell'Olocausto, attraverso argomentazioni volte a suggerire che il trattamento dei palestinesi da parte di Israele sarebbe peggiore di quello subito dagli ebrei ad opera dei nazisti⁵⁹⁰.

Il fenomeno negazionista poggia su una chiara base ideologica razzista, si esprime mediante attacchi a una “razza”, emblematicamente nel caso dell'Olocausto⁵⁹¹, o a un'etnia, come nella negazione del genocidio armeno. Per queste caratteristiche è generalmente qualificato come *species* del discorso razzista ed è spesso associato,

⁵⁸⁷ C. CARUSO, *Dignità degli altri e spazi di libertà degli intolleranti. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quad. Cost.*, 2013, 799, nt. 2. Sugli “otto assiomi del negazionismo” elaborati proprio dall' Institute nel 1973 e un approfondimento delle origini e della storia del fenomeno 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 *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 5.

⁵⁸⁸ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: “Eichmann di carta” e repressione penale*, cit. XIII: «[...] Il mondo è stato colpito dalle invettive del presidente dell'Iran che ha definito la Shoah una leggenda, un mito che ha permesso al sionismo di tenere sotto ricatto l'Europa e gli Stati Uniti».

⁵⁸⁹ C. LEOTTA, *Profili penali del negazionismo*, cit., 7 s; si veda questo autore anche per un approfondimento sui principali autori ed esponenti del negazionismo in Francia, Inghilterra e Nord America.

⁵⁹⁰ M. WHINE, *Expanding holocaust denial and legislation against it* in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 599.

⁵⁹¹ M. CAPUTO, *La menzogna di Auschwitz*, cit., 6. Con riferimento al negazionismo dell'Olocausto, sono evidenti le solide fondamenta antisemite intrecciate ad un approccio complottista alla presunta analisi storica. Denunciare quella che i negazionisti individuano come la falsificazione della realtà dei fatti per come sono avvenuti, operata dagli storici maggioritari, gli “sterminazionisti”, si inquadra in una più ampia operazione per smascherare il c.d. complotto ebraico, ossia l'egemonia sionista che governa il mondo, nobilitata con una operazione volta all'emancipazione e alla liberazione dei popoli.

tanto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, quanto nei tentativi di armonizzazione penale in sede europea, al più ampio fenomeno del *hate speech* razziale⁵⁹².

Le specificità del negazionismo rispetto al generico discorso d'odio razzista emergono innanzitutto sul piano dell'elemento oggettivo: la condotta è tipicamente definita come «l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana in pubblico dei crimini di genocidio o contro l'umanità, i crimini di guerra, quali sono definiti nello Statuto della Corte penale internazionale (articoli 6, 7 e 8) e i crimini di cui all'articolo 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale»⁵⁹³. In secondo luogo, si sottolinea la plurioffensività del reato, in quanto idoneo a ledere contemporaneamente una pluralità di beni giuridici, profilo da cui discendono le principali criticità penalistiche associate al reato di negazionismo⁵⁹⁴.

Una sintesi particolarmente efficace delle principali posizioni dottrinali sul reato di negazionismo è offerta da Alfonso di Giovine, che individua i nodi essenziali del dibattito: «a) le norme che incriminano il negazionismo si presentano dubbie sotto il profilo di materialità e si rivelano carenti sul piano dell'offensività, apparendo pertanto incompatibili con il diritto di uno Stato democratico; b) la tutela penale dei reati di negazionismo è collocata in un momento talmente arretrato rispetto al pericolo che è difficile ipotizzare la realizzazione di un evento lesivo, ma posto che il diritto penale non può curarsi delle ideologie se esse non si traducono in un inizio di attività esecutiva del tentativo di una lesione di beni, occorre che i delitti di negazionismo siano

⁵⁹² C. CARUSO, *Dignità degli altri e spazi di libertà degli intolleranti. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quad. Cost.*, 2013, 799.

⁵⁹³ Art. 1, lett. c), Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008. Naturalmente i vari Stati hanno poi adottato fattispecie incriminatrici del negazionismo con caratteristiche particolari, anche dal punto di vista della descrizione della condotta.

⁵⁹⁴ Una solida maggioranza, sia tra i penalisti che tra gli storici, si è espressa in senso critico rispetto all'introduzione nel nostro ordinamento di una fattispecie incriminatrice del discorso negazionista: ciò sia per ragioni legate all' 'incompatibilità di tale fattispecie con i principi di offensività e sussidiarietà, sia per dubbi circa l'utilità e quindi l'efficacia dello strumento penale nel realizzare l'obiettivo di scoraggiare e reprimere tali condotte espressive. Sul punto si veda D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 981-982; A. 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. e proc. pen.*, 2016, 999-1015, *passim*.

strutturati almeno in chiave di pericolo concreto; c) con l'individuare l'ordine pubblico o la pace pubblica come beni offesi non solo si surroga l'assenza di un referente immediato di lesività (in quanto essi non sono messi in pericolo in modo diretto e probabile), ma si utilizzano concetti non neutri, prodotto di valori ideologici; d) è difficile distinguere tra fatto e opinione, accertare la verità oggettiva, storica rispetto a quella legale; e) la lesione dell'onore è difficile da determinare nei confronti di una collettività dai confini indeterminati; f) quella antinegazionista, è una tipica legislazione penale simbolica, strutturata in chiave di amico/nemico, che persegue le persone e non i fatti, così aprendosi a un diritto penale soggettivo privo dell'elemento dell'offesa e allontanandosi dai principi, che devono essere alla base di un diritto penale a vocazione liberaldemocratica, di obiettivizzazione, sussidiarietà, offensività, tipicità e materialità; g) si tratta, in definitiva, di puri reati d'opinione, di reati di pura condotta senza pericolo di evento»⁵⁹⁵.

Come già emerge dall'analisi del diritto internazionale, la libertà di manifestazione del pensiero è un diritto fondamentale, ma non assoluto, poiché ammette limitazioni attraverso un bilanciamento con altri beni giuridici⁵⁹⁶. Sul piano penalistico, inoltre, l'art. 25, secondo comma Cost. e come ha chiarito la Corte costituzionale⁵⁹⁷, impone l'individuazione di beni giuridici «concreti e precisi, la cui offesa sia empiricamente verificabile»⁵⁹⁸.

I beni giuridici evocati in relazione al negazionismo sono principalmente la verità e la memoria storica, l'onore e la reputazione delle vittime, la loro dignità, nonché l'ordine pubblico. Con riferimento alla memoria storica, essa è talora intesa come concetto più ampio della verità fattuale, comprensivo anche della rielaborazione collettiva del significato morale degli eventi. In questo senso, il diritto penale verrebbe ad assumere

⁵⁹⁵ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., XXVI.

⁵⁹⁶ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, 132.

⁵⁹⁷ C. Cost., sent. data n. 96/1981.

⁵⁹⁸ A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, cit., 1000.

una funzione di “fissazione della memoria”, con valenza pedagogica: la pena diverrebbe retribuzione della “memoria violata”⁵⁹⁹.

Tale impostazione è criticata da chi vi ravvisa una tutela del “consenso” su eventi considerati intangibili, con il rischio di attribuire allo strumento penale il compito di difendere una verità storica istituzionalizzata. Questa funzione si collega in modo specifico al ruolo centrale della Shoah nella coscienza europeistica del secondo dopoguerra: sui suoi esiti storici e morali si fondano infatti il sistema CEDU, l’Unione europea e più in generale l’assetto dei diritti fondamentali contemporanei⁶⁰⁰. In questa prospettiva, il reato di negazionismo punirebbe l’aggressione al *patto etico* su cui si fonda la società postbellica, “sacralizzando” la memoria della Shoah⁶⁰¹.

Sotto il profilo della verità storica, il problema si concentra nel timore dell’imposizione di una “verità di Stato”, tipica dei regimi totalitari, che cristallizzerebbe una ricostruzione storiografica in contrasto con la logica falsificazionista propria del metodo scientifico⁶⁰². A questa preoccupazione si associa quella, avvertita soprattutto dagli storici, relativa al rischio di limitazioni della libertà di ricerca⁶⁰³, nonché l’effetto

⁵⁹⁹ E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, cit., 28.

⁶⁰⁰ M. DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria. L’eredità dell’Olocausto e la sua sfida per l’etica pubblica e il diritto penale* in *Sistema penale*, 2018, 1: “Quindi, Auschwitz fu un “big bang”: il diritto, in generale e in relazione ai crimini contro l’umanità, rivendicò la necessità di una nuova fonte di legittimazione, di nuove basi.”

⁶⁰¹ E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2016, 1025. Secondo l’Autrice questo rende il reato di negazionismo una *species* del *genus* dei reati di opinione: appartiene a questo *genus* sulla base di una analisi modale della commissione del reato, in quanto si tratta sempre della criminalizzazione di una opinione. Tuttavia, presenta importanti differenze rispetto ai classici reati di opinione perché mentre i primi puniscono il dissenso politico in quanto strumenti di lotta politica, ossia hanno come scopo la preservazione del potere da parte della maggioranza che lo detiene, il secondo invece tutela il consenso intorno a determinati fatti storici, in virtù della loro fortissima rilevanza simbolica e fondante per gli ordinamenti giuridici in cui tale reato è introdotto.

⁶⁰² M. DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria. L’eredità dell’Olocausto e la sua sfida per l’etica pubblica e il diritto penale* in *Sistema penale*, 2018, 5: “La memoria storica in quanto tale può costituire un “valore” politico o un “bene” ma non può essere protetta penalmente (né sanzionata penalmente) come un interesse legittimo, neanche a livello di diritto europeo. Infatti, nemmeno i risultati di una ricerca scientifica possono ricevere la protezione penale di uno Stato sul loro contenuto: la scienza presuppone la falsificabilità, la protezione penale di una dichiarazione giudiziaria presuppone il contrario; le verità di Stato appartengono ai sistemi giuridici totalitari”.

⁶⁰³ *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, Manifesto proposto da M. FLORES, S. LEVI SULLAM, E. TRAVERSO, <https://storicamente.org/02negazionismo>.

paradossale di trasformare i negazionisti in martiri della libertà di espressione e i processi penali in strumenti di amplificazione delle loro tesi.

Si segnala inoltre il rischio di una “gerarchia della memoria”, fondata sull’“unicità della Shoah”, cui conseguirebbe un trattamento penale eccezionale rispetto ad altri genocidi⁶⁰⁴. I sostenitori dell’incriminazione, invece, negano che il reato comporti un’indebita ingerenza nella storiografia: ciò che viene accertato non sarebbe la verità storica, ma la lesione della dignità delle vittime⁶⁰⁵. La verità della Shoah, comunque,

⁶⁰⁴ A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo*, cit., 1013: “Non si comprende, poi, perché si dovrebbe fare eccezione ai principi generali per il solo negazionismo della Shoah. In proposito, taluno ha affermato che le negazioni di genocidi diversi dalla Shoah non hanno la stessa capacità di scuotere gli animi. Al contrario, personalmente sono profondamente scosso, già nell’ambito dello sterminio nazista, anche da ciò che non rientra propriamente nell’Olocausto ebraico, ossia dallo sterminio di massa di altre vittime, come rom, testimoni di Geova ed omosessuali, e dalla famigerata azione T4 contro gli infermi di mente. Al di là di ciò, penso che anche il milione di morti (o più) del genocidio armeno debba scuotere i nostri animi. Quindi, non condivido l’idea di “gerarchie della memoria come pure, all’opposto, non condividerei l’idea di introdurre ulteriori eccezioni ai principi, in rapporto alla negazione di altri genocidi”; questo aspetto, ossia la considerazione del negazionismo dell’olocausto come un *unicum* rispetto alla negazione o minimizzazione grossolana di altri genocidi e crimini contro l’umanità si può osservare anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo; la maggior parte dei casi in cui essa ha attuato l’approccio maggiormente limitativo della libertà di espressione, che consiste nell’applicazione della clausola di abuso del diritto di cui all’articolo 17 della CEDU, la quale consente di dichiarare un ricorso inammissibile senza entrare nel merito della questione, ossia senza effettuare un bilanciamento degli interessi in gioco, avevano ad oggetto un tipo particolare di negazionismo, ossia quello dell’Olocausto. Sul punto si veda L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perincek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell’ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 88. Il punto sarà approfondito nei paragrafi successivi.

⁶⁰⁵ M. CAPUTO, *La menzogna di Auschwitz*, *passim*.

sarebbe stata definita nei suoi tratti essenziali almeno a partire dal processo di Norimberga^{606,607}.

Si sottolinea inoltre che l'eccezionalità della Shoah deriverebbe dalla sua consumazione nel cuore dell'Europa e dal ruolo decisivo avuto nella costruzione dell'ordine giuridico internazionale post-bellico^{608,609}. Le condotte negazioniste, sebbene ammantate di pretesa scientificità, sarebbero in realtà mere provocazioni ideologiche, prive di metodo⁶¹⁰. Esse costituirebbero offesa grave alle vittime e vettori di diffusione dell'odio, soprattutto attraverso i moderni mezzi di comunicazione⁶¹¹.

La tutela della dignità, tuttavia, pone seri problemi rispetto al principio di offensività: la dignità è un concetto privo di contenuto determinato, un macro-valore dal forte

⁶⁰⁶ D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, 2012, 91 s. L'Autrice riconosce come sia vero che verità storica e verità legale siano due concetti necessariamente diversi alla luce delle differenti modalità di ricostruzione delle due, ma afferma come lo scopo che anima il procedimento penale sia comunque quello di "realizzare una tendenziale convergenza delle due verità" (92). Anche D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, in G. FORTI-G. VARRASO-M. CAPUTO (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 22 ss. sembra riconoscere questa eccezionalità del negazionismo dell'olocausto, quando, nell'esprimere la propria contrarietà per l'introduzione nello specifico contesto italiano di una incriminazione del negazionismo, sembra però aprire uno spiraglio con riguardo alla sola "alla negazione oltraggiosa dell'Olocausto, non invece di altri crimini di massa la cui natura di genocidio sia controversa". Di parere diametralmente opposto è A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo*, cit., 1005:" Ora, per quel che concerne la verità giudiziaria, in particolare quella accertata in un processo penale, tutti sappiamo che essa non coincide con la verità storica, perché l'accertamento giudiziario penale mira a decidere della responsabilità giuridica di uno o più autori per uno specifico fatto e dell'applicazione di una sanzione giuridico-penale, e non a dar luogo ad un giudizio storico, morale o politico. Di conseguenza, l'accertamento giudiziario è limitato ad un singolo fatto e non ad una verità storica di dimensioni immani; e segue regole specifiche derivanti dai principi del diritto e del processo penale, volte a tutelare diritti fondamentali della persona, quali, in particolare, il diritto di difesa, il principio del contraddittorio nella formazione della prova, la presunzione d'innocenza e, quindi, l'*in dubio pro reo*. La verità processuale ha le sue proprie regole ed anche per questo, seppure tenda alla ricerca della verità materiale, 'storica' — la cui certa attingibilità è sempre in discussione — non coincide con essa".

⁶⁰⁷ M. CAPUTO, *La menzogna di Auschwitz*, cit., 15. L'autore fa notare come questa sia la posizione condivisa anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (Commissione EDU, decisione del 24 giugno 1996 sul ricorso n. 31159/96 *Marais v. France*), la quale ha dichiarato che il rifiuto dell'autorizzazione da parte del giudice di prove di fatti contrari a una verità storica consolidata non è in contraddizione con il principio del giusto processo, perché in quanto la verità è consolidata, la negazione di essa è come tale diffamatoria.

⁶⁰⁸ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di Carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, XIV, virgolettato di B. BRUNETEAU, *Il secolo dei genocidi*, Bologna, 2005.

⁶⁰⁹ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., XIV

⁶¹⁰ D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo?*, cit., 982.

⁶¹¹ D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo?* cit. 983; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo*, cit., 999 ss.

impatto simbolico ed emotivo⁶¹², idoneo a fondare sia la libertà di espressione sia le sue limitazioni. Questo uso “retorico” della dignità rischia di eludere il bilanciamento e di fungere da “argomento bavaglio”⁶¹³, una scorciatoia assai conveniente quando «non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico»⁶¹⁴.

Inserita nello schema del bilanciamento, la dignità intesa come *trump card* risulta incompatibile con la logica stessa del bilanciamento, che presuppone diritti graduabili e reciprocamente limitabili. La dignità, se intesa come valore assoluto e non negoziabile, non può essere bilanciata senza essere negata⁶¹⁵.

In realtà, è stato osservato come in una Costituzione con una «dimensione etico-sostanziale pluralista e antinomica», la dignità non possiede un contenuto autoevidente e pregiuridico, ma assume significato solo a posteriori, nell’ambito del confronto tra diritti e interessi confliggenti. Essa non può quindi sostituirsi al bilanciamento, ma deve essere da esso continuamente ridefinita⁶¹⁶.

⁶¹² J. HABERMAS, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, in *Dianoia. Revista de Filosofía*, 2010, 10.

⁶¹³ A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, cit., 4.

⁶¹⁴ G.FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e “post secolarismo”* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 558.

⁶¹⁵ A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?* cit., 136. L’Autrice precisa come questa ricostruzione coincida con la definizione di dignità propria del filosofo Immanuel Kant. Secondo Kant l’uomo è titolare di una dignità e cioè “un valore che non ha prezzo, che non ha nulla di equivalente che possa consentire lo scambio con l’oggetto dell’apprezzamento”. [...]” Tutto ha un prezzo o una dignità, ma il posto di ciò che ha un prezzo può essere preso da qualcosa di equivalente; al contrario ciò che è superiore ad ogni prezzo e non ammette equivalente è la dignità”. Virgolettato di I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 2006, 53.

⁶¹⁶A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., 20-21.

3. La difficile convivenza tra garanzie penalistiche costituzionali e la disciplina dei delitti contro l'uguaglianza: più problemi che soluzioni

3.1. La terminologia delle fattispecie e le frizioni, vere o presunte, con il principio di tassatività-determinatezza: discriminazione, razzismo e odio

Il primo profilo problematico relativo alle fattispecie analizzate riguarda l'interpretazione della terminologia impiegata dal legislatore. In dottrina emerge una netta frattura tra chi ritiene che tali espressioni siano sufficientemente chiare e rispettose del principio di tassatività e determinatezza⁶¹⁷, e chi invece sottolinea come esse risentano dell'indeterminatezza derivante dalla forte carica simbolica ed emotiva che caratterizza i delitti contro l'uguaglianza e, più in generale, l'intera disciplina antidiscriminatoria⁶¹⁸.

Con riferimento ai termini "discriminazione" o "atti discriminatori", parte della dottrina osserva come non esista una definizione unitaria del concetto⁶¹⁹, pur riconoscendo che esso rappresenti uno degli elementi meno problematici in questo

⁶¹⁷ L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 269 ss, che sostiene che il concetto di discriminazione è agevolmente ricostruibile grazie alla profusione di disposizioni tratte da fonti internazionali, sovranazionali ed interne al nostro ordinamento.

⁶¹⁸ *Ex multis*, 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, 1325 ss., 1345, il quale ritiene che concetti come l'odio e il razzismo «possono suscitare, evocando logiche di dominio e prevaricazione, una immediata precomprensione, ma rischiano di ridursi a formule di stile, alla luce del lessico emozionale impiegato». Con riguardo, invece, alle difficoltà di ricostruire il concetto di discriminazione in maniera soddisfacente alla luce del principio di determinatezza, si veda la recente analisi di S. PRANDI, *L'uguaglianza violata. Uno studio sull'atto discriminatorio nel sistema penale*, Torino, 2024, 95 ss.

⁶¹⁹ L. D'AMICO, *I delitti contro l'uguaglianza*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Diritto Penale*, III, Torino, 2022, 6107. Una definizione che pecca forse di eccessiva genericità si può trarre da Cass. pen. 11 ottobre 2006, n. 37733 in *DeJure*. Si trattava del caso di un' esercente di un bar che aveva rifiutato di servire dei clienti di origine nordafricana e che era stata ritenuta colpevole del reato di cui all'articolo 604-bis, primo comma, c.p. ossia il compimento di atti di discriminazione. Uno dei motivi di appello della ricorrente era la necessaria distinzione tra atto discriminatorio derivante da odio e atto discriminatorio derivante dal timore per la propria sicurezza a cui la Corte rispose che: "nella materia in esame, ogni atto di rifiuto può costituire discriminazione, ma ciò che qualifica penalmente il rifiuto è, per l'appunto, la significazione razziale sottesa alla particolare discriminazione". Da ciò si evincerebbe la definizione di atti discriminatori come atti cui è sottesa una intenzione razzista.

ambito⁶²⁰. Esiste infatti un ampio *corpus* normativo che ne fornisce una definizione, a livello internazionale, regionale e interno. Centrale è l'articolo 1 della Convenzione di New York del 1965 sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, che definisce la discriminazione come «ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica» avente lo scopo o l'effetto di compromettere il riconoscimento e l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti fondamentali.

Nell'ordinamento italiano una definizione speculare è contenuta nell'articolo 43 del decreto legislativo n. 286 del 1998⁶²¹, riferito al solo ambito dell'immigrazione, che qualifica come discriminazione ogni comportamento che comporti una distinzione, esclusione o preferenza basata su razza, colore, ascendenza, origine nazionale o etnica, convinzioni religiose, idonea a ledere l'eguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali.

Una ricostruzione ulteriore proviene dalla giurisprudenza di legittimità, che individua la discriminazione come «sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità»⁶²² e come «pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza»⁶²³. Tali elementi, ossia il sentimento di superiorità del gruppo di

620 G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, cit., 1346.

621 Testo unico sull'immigrazione.

622 Cass. pen., 28 gennaio 2010, n. 11590 in DeJure. In questo caso la Cassazione ha ritenuto che la circostanza aggravante delle finalità di discriminazione o odio razziale, etnico, religioso o nazionale non fosse applicabile al reato di ingiuria (oggi depenalizzato) nel caso dell'epiteto "italiano di m.", dal momento che l'appartenenza alla comunità nazionale italiana, che nel nostro Paese è costituisce una amplissima maggioranza, non può considerarsi dare luogo ad una condizione di inferiorità. "Anche perché non si può ritenere che il riferimento all'"italiano", nel comune sentire, nel nostro territorio, in cui l'"italiano" è grande maggioranza e classe dirigente, sia correlato ad un sentimento che può dare luogo ad un pregiudizio corrente di inferiorità. Per cui il termine "italiano", accoppiato alla parola ingiuriosa, può essere letto come individualizzazione di una persona singola (per fatti relativi ad una situazione eminentemente personale e familiare), nei cui confronti si ha disistima, piuttosto che come riferimento ad una identità etnica in quanto facente parte di una comunità nazionale, quella italiana, che proprio nel nostro paese non può essere correlata ad una situazione di inferiorità o suscettibile di essere discriminata".

623 Cass. pen., 28 dicembre 2009, n. 49694 in DeJure.

appartenenza e la conseguente inferiorità del gruppo bersaglio, vengono frequentemente utilizzati per delimitare l'area degli atti discriminatori⁶²⁴.

Di particolare interesse è una decisione della Corte di Cassazione relativa a un caso di minacce rivolte telefonicamente a una docente di storia e studiosa delle persecuzioni razziali contro gli ebrei nell'Italia occupata dalla Germania nazista. La Corte ha riconosciuto l'aggravante della finalità di odio razziale e religioso, rilevando che le minacce in quanto esse avevano per contenuto la prospettazione alla persona offesa dei medesimi crimini che avevano avuto luogo nei campi di sterminio nazisti. In questo caso, l'aggravante è stata ritenuta integrata anche in assenza di un'appartenenza diretta della vittima al popolo ebraico, poiché le minacce erano indirizzate a chi era stato dall'agente simbolicamente assimilato a "essenza e destini" di quel popolo⁶²⁵.

Su queste basi è stata elaborata anche una nozione dottrinale di discriminazione, secondo cui «la condotta discriminatoria muove dalla sottolineatura di una diversità e di un'appartenenza a categorie o gruppi sociali, accomunati da un fattore visto come connotato negativo, oggetto di dileggio, disprezzo, odio o segno di una pretesa inferiorità⁶²⁶».

Sempre con riferimento all'aggravante, la Corte di Cassazione ha precisato che «essa è integrata qualora l'azione si manifesti come consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, nel contesto in cui è maturata, avuto riguardo anche al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sulla razza, l'origine etnica o il colore, la religione e cioè di un sentimento immediatamente percepibile come connaturato all'esclusione della condizioni di parità»⁶²⁷.

⁶²⁴G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 1 ss., 6. È stato anche sottolineato come nella giurisprudenza della Corte EDU la definizione di discriminazione sia molto più vasta e generica, e consista nel "trattare in modo differente, salvo giustificazione oggettiva e ragionevole, persone che si trovano in situazioni comparabili". Corte EDU, *Willis c. Regno Unito*, 11 giugno 2002, 36042/97, §.48.

⁶²⁵Cass. pen., 19 ottobre 2011, n.563 in *DeJure*.

⁶²⁶ PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, cit., 6

⁶²⁷ L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazione e giustizia penale*, cit., 274

Un livello di problematicità maggiore è riscontrato nella nozione di *razzismo*, che, in mancanza di una definizione legale, deve essere ricostruita attraverso riferimenti storici, filosofici e sociologici⁶²⁸. Sotto questo profilo assume rilievo, in qualità di *leading case*, una sentenza del Tribunale di Verona del 2 dicembre 2004⁶²⁹ relativa a una campagna politica contro la presenza dei Rom in città, finalizzata a spronare l'amministrazione comunale a sgomberare e chiudere i campi nomadi della città, attraverso la preparazione di una petizione popolare.

In quella sede, i giudici di merito hanno ritenuto necessario dotarsi di strumenti conoscitivi capaci di orientare l'attività interpretativa «entro le ampie prospettive ermeneutiche dischiuse dal tenore letterale delle fattispecie incriminatrici»⁶³⁰, in ragione della vaghezza e dell'ampiezza della terminologia utilizzata

Nello sforzo ricostruttivo della nozione di razzismo, fu dato risalto alla definizione proposta da Michel Wieviorka, filosofo francese, che ha affermato come sia divenuta abbastanza desueta la nozione di razzismo biologico, basata sull'idea della disegualianza biologica tra razze, ispirata ad una concezione positivista diffusa nel XIX secolo ed ispirata al pensiero darwiniano; oggi invece, «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", che consente di rimproverare ai diversi, non tanto di essere in sé differenti, quanto di esserlo in modo anomalo, sulla base cioè di valutazioni negative fondate sulla morale, l'etica, la civiltà del gruppo cui invece appartiene chi si giudica superiore»⁶³¹.

Alla luce di ciò, i giudici di prime cure hanno inteso evitare che la fattispecie venisse svuotata di contenuto riducendola alla sola declinazione biologica del razzismo, intesa

⁶²⁸ G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, cit., 1347

⁶²⁹ Trib. Verona, sentenza n. 2203, 2005, in *Dir. Imm. e citt.*, 2005, 15 ss.

⁶³⁰ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 149.

⁶³¹ L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale tra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, 117 ss, 121 e 123. La vicenda è trattata anche da C. CARUSO, *Dialettica della libertà di espressione: il "caso Tosi" e la propaganda di idee razziste*, D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 13 ss.

come «diversità tra le razze secondo una scala gerarchica che evidenzia la superiorità dell'una e l'inferiorità dell'altra».

Secondo il Tribunale, il razzismo contemporaneo si manifesta quasi sempre in forma implicita: esso non si richiama più apertamente alla diseguaglianza biologica, né alla dottrina nazista, né si esprime mediante ingiurie che rendano immediatamente evidente un sentimento prorompente di odio. Ne consegue che il giudice è chiamato a un minuzioso «lavoro di decifrazione delle singole condotte ed un esame critico della stessa nel suo insieme», al fine di cogliere la reale matrice razzista del comportamento⁶³².

Secondo il Tribunale di Verona, la disciplina antidiscriminatoria italiana consente di punire anche le manifestazioni del c.d. “razzismo implicito”, nelle sue due principali declinazioni: il “razzismo universalista (eterofobo)”, fondato sulla negazione delle identità particolari, e il razzismo “differenzialista”, fondato invece sull'assolutizzazione delle differenze razziali, etniche, culturali e nazionali e sulla negazione della comunità umana. In tale prospettiva, la nozione di razzismo punibile viene circoscritta ai casi in cui l'argomento della diseguaglianza biologica sia sostituito da quello dell'assoluta differenziazione tra ambiti di individui appartenenti a diverse etnicità.

La successiva pronuncia della Corte di Cassazione⁶³³, pur recependo l'impostazione dei giudici di merito, ha adottato un approccio più pragmatico, volto a individuare criteri operativi per l'accertamento delle forme di razzismo implicito. Essa ha

⁶³² L. PICOTTI, *Diffusione di idee “razziste” ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in, *Giur. merito*, 2006, 4s.

⁶³³ Cass. pen. 13 dicembre 2007, n. 13234 in *DeJure*. La vicenda giudiziaria seguì le seguenti battute: gli imputati furono condannati in primo grado sia per la fattispecie di diffusione (nel 2006, sostituito con “propaganda” vedi sopra, di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale ed entico ed altresì per l'incitamento (nel 2006 sostituito con “istigazione”) a commettere atti di discriminazione rivolto a pubblici amministratori, attraverso la campagna contro la presenza di membri delle comunità Rom e Sinti definiti “zingari” dagli imputati stessi. La Corte d'Appello di Venezia con la sentenza del 30 gennaio 2007, n.186, riformò parzialmente la sentenza di primo grado, confermando il primo capo di imputazione (la propaganda), al contrario assolvendo gli imputati per il secondo, ritenendo che l'atto oggetto della condotta istigatoria non potesse essere definito “discriminatorio”. In Cassazione, passò in giudicato l'assoluzione relativa all'istigazione, e i giudici annullarono con rinvio la sentenza della Corte d'appello, affermando l'illogicità e la contraddittorietà della motivazione della stessa, la quale aveva sostenuto che una petizione non può essere ricondotta ad una istigazione a compiere un atto discriminatorio, in quanto la richiesta all'amministrazione aveva un oggetto lecito.

affermato che, quando la discriminazione non si manifesta attraverso dichiarazioni esplicite di superiorità razziale o di odio in senso letterale, occorre valutare tutte le circostanze temporali ed ambientali in cui il pregiudizio è stato esternato, verificando se, in una situazione analoga, un soggetto appartenente a diversa religione, etnia o razza sarebbe stato trattato nello stesso modo.

Il nucleo del ragionamento risiede nella distinzione tra discriminazione fondata sulla diversità e discriminazione fondata sul comportamento; secondo la Suprema Corte, «un soggetto può anche essere legittimamente discriminato per il suo comportamento ma non per la sua qualità di essere diverso». Tuttavia, è stato osservato che tale criterio risulta scarsamente efficace nei discorsi articolati, dove diversità e comportamento tendono a fondersi in modo inestricabile⁶³⁴

⁶³⁴ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 152-153. Sebbene la giurisprudenza successiva abbia seguito questo orientamento basato sul criterio discriminazione per diversità in sé del discriminato o per il suo comportamento, una rilevante criticità si è presentata in una pronuncia della Corte di Cassazione, relativa alla sentenza di condanna pronunciata dalla Corte d'Appello di Trieste (App. Trieste, 23 aprile 2013). La vicenda riguardava la distribuzione di un volantino elettorale nel contesto della campagna per le elezioni al Parlamento europeo, che riportava la seguente scritta: “Basta usurai-Basta stranieri”, corredata dalla rappresentazione di una serie di caricature raffiguranti a) un cittadino dai tratti somatici asiatici che vende prodotti “made in China”; b) un Abramo Lincoln con tanti dollari che gli svolazzano intorno; c) un uomo di colore che offre droga; d) un arabo con una cintura di candelotti di dinamite pronto a farsi esplodere; e) una donna italiana con un bambino in braccio e, di fianco, una mendicante rom che allunga le mani in direzione dello stesso. Secondo i giudici di merito tale volantino integrava la fattispecie di propaganda di idee fondate sulla superiorità e sull’odio razziale. La Corte di Cassazione (Cass. pen. del 23 giugno 2015, n. 36906 in DeJure) invece, dispose l’annullamento senza rinvio della sentenza, per insussistenza del fatto, proprio sottolineando la differenza tra il caso in questione e quello dei “leghisti di Verona”; infatti mentre in quest’ultimo era chiara la discriminazione dei Rom per il solo fatto della loro diversità, perché nessun altra motivazione era stata richiesta alla base della petizione per ottenerne l’allontanamento, in questo caso si trattava di “veicolare un messaggio di avversione politica verso una serie di comportamenti illeciti che, con una generalizzazione che appare una forzatura anche agli occhi del destinatario più sprovveduto, vengono attribuiti a soggetti appartenenti a determinate razze o etnie”. Ad influenzare la decisione della Corte fu anche la considerazione legata al contesto in cui le condotte espressive avevano avuto luogo, ossia quello della campagna elettorale.

Sull’analisi di questa sentenza si veda F. BACCO, *Tra sentimenti ed uguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018, 204-206. L’Autore è critico nei confronti del ragionamento della Corte, soprattutto in relazione al fatto che essa nella sentenza riconosca come le condotte espressive siano legate ad un “pregiudizio per cui determinate attività delittuose vengono poste in essere prevalentemente dai membri di determinate etnie”, tuttavia ne esclude la punibilità sulla base del fatto che “si tratta, peraltro, di un pregiudizio che da sempre viene agitato nelle campagne elettorali al fine di recuperare consenso in situazioni locali in cui da parte dell’elettorato viene una richiesta di maggiore sicurezza”. L’Autore si chiede se la consuetudine possa essere considerata un argomento ragionevole per l’approccio indulgente della Corte ed altresì se “il diritto penale debba limitarsi a un’azione di conservazione dei valori o possa anche costituire uno strumento di pedagogia sociale”.

Particolari difficoltà pone infine il concetto di “odio razziale”, definito come “elemento normativo etico-emozionale”⁶³⁵. La Cassazione lo ancora al requisito della “serietà” del sentimento, da intendersi non come mera antipatia ma come avversione idonea a determinare un concreto pericolo di comportamenti discriminatori⁶³⁶ e tale da includere il desiderio di gravi danni per la persona odiata⁶³⁷. Nonostante tale sforzo ricostruttivo, la dottrina rimane divisa. Una parte degli studiosi ritiene che il concetto stesso di crimine d’odio sconti un’indeterminatezza strutturale, trattandosi di una definizione ostensiva, basata più sull’individuazione di esempi concreti che su una esplicitazione esaustiva del contenuto del concetto di odio⁶³⁸. Un’altra parte, invece, mediante un approccio comparato fondato su fonti internazionali, sovranazionali ed esperienze straniere, ritiene possibile pervenire a una definizione sufficientemente tassativa, riconducendo tale categoria ai reati mossi dalla precisa intenzione di vittimizzare membri di minoranze in virtù della loro identità razziale o etnica⁶³⁹.

3.2. Il bene giuridico tutelato o alla ricerca di un’offensività latente

Sotto il profilo dell’individuazione del bene giuridico protetto dalle fattispecie antidiscriminatorie, si è sviluppata una lunga parabola evolutiva, caratterizzata dal progressivo allontanamento dall’ordine pubblico per giungere al riconoscimento del connubio dignità-eguaglianza, ossia della pari dignità, quale oggettività giuridica oggi largamente condivisa in dottrina e giurisprudenza.

La prima fase è segnata dalla riconduzione del bene protetto all’ordine pubblico, inteso come tranquillità e sicurezza pubblica⁶⁴⁰. Tale impostazione è stata individuata come

635 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, 1347.

636 Cass. pen. 23 giugno 2015, n. 36906 in *DeJure*,

637 Cass. pen. 13 dicembre 2007 in *DeJure*.

638 F. BACCO, *Tra sentimenti ed uguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, cit., 199-200.

639 L. GOISIS, *Crimini d’odio. Discriminazione e giustizia penale*, cit., 27.

640 Per una ricostruzione della vasta tematica dell’ordine pubblico e delle molteplici declinazioni di tale concetto nell’ordinamento giuridico italiano, si veda G. DE VERO, voce *Ordine pubblico* (delitti contro), in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 72 ss., 76.; Secondo l’autore, fu la dottrina penalistica,

originaria della legge n. 654 del 1975⁶⁴¹, che, all'articolo 3, comma primo, lettera a) conteneva la fattispecie di diffusione in qualsiasi modo di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale, laddove alla lettera b), prevedeva l'incriminazione dell'incitamento alla discriminazione per motivi razziali, nazionali e religiosi. La *ratio* era individuata non nella tutela della dignità del singolo, ma nel prevenire il prodursi di determinate conseguenze sul piano sociale, evitando che la diffusione dell'incitamento potesse determinare un concreto turbamento per la coesistenza pacifica ed ordinata tra gruppi diversi e un pericolo per l'ordine pubblico⁶⁴².

Questa lettura è sopravvissuta anche nel diritto vivente, come nella sentenza del Tribunale di Verona del 2 dicembre 2004, che individuava il bene protetto nell'ordine pubblico «inteso quale buon assetto e regolare andamento del vivere civile, cui corrispondono nella collettività l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza».

Tuttavia, tale impostazione non può oggi che ritenersi minoritaria, se non del tutto superata, in favore del riconoscimento della dignità umana come oggetto primario di tutela, secondo un approccio “personalistico-solidaristico” coerente con l'evoluzione

nello sforzo di elaborare una rilettura costituzionalmente orientata delle fattispecie di istigazione e apologia, ereditate dal Codice Rocco, rispetto alla riforma del quale il legislatore manifestava una “deprecata inerzia”, per usare le parole di Alessandra Galluccio, a mettere a punto la distinzione tra ordine pubblico ideale o normativo e ordine pubblico materiale; il primo consiste “in un insieme di principi e valori immanenti all'ordinamento giuridico, suscettibile di essere offeso mediante la semplice manifestazione del dissenso politico-ideologico”; il secondo farebbe invece riferimento “ad una situazione di pacifica convivenza sociale, risultante da una componente oggettiva di ordine esteriore” e da una corrispondente componente soggettiva di sentimento collettivo di sicurezza”. Altresì, l'Autore chiarisce come sia ampiamente diffuso il consenso in dottrina circa il fatto la prima declinazione di ordine pubblico descritta, quella ideale, “non possa costituire un bene legittimamente tutelabile in sede penale, specie se in conflitto con interessi di rango costituzionale”. Per una approfondita trattazione delle complessa e vasta tematica del ruolo dell'ordine pubblico come limite alla libertà di manifestazione del pensiero e delle soluzioni proposte o adottate nella dottrina penalistica e nella giurisprudenza costituzionale per rimodellare la nozione di ordine pubblico ideale, identificata con la personalità dello Stato, ereditata dall'impianto del codice Rocco, in un concetto compatibile come le garanzie costituzionali, tra cui quella dell'articolo 21 della Costituzione, si veda A PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. Art. 21: la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 2006, 204 ss.

641 Ma anche della stessa legge Scelba e della legge n.152/1975 che la modificò: quest'ultima nel titolo riportava proprio un riferimento all'ordine pubblico.

642 G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. 26/4/1993 n.122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n.205*, in *Leg.Pen.* 1994, 180.

del diritto penale costituzionale e con gli obblighi internazionali in materia di diritti umani⁶⁴³.

Il mutamento è stato determinato in primo luogo dalla Legge Mancino del 1993, che ha avuto «il merito di porre l'oggetto della tutela penale su un piano differente», portando la persona umana ad essere «il nucleo centrale della protezione», attraverso la previsione degli atti discriminatori come condotte direttamente punibili. La sanzione colpisce così non più un contributo all'erosione del «clima generale di pace sociale», ma la lesione diretta della dignità dell'essere umano⁶⁴⁴.

Un secondo fattore è legato all'inadeguatezza dell'ordine pubblico a giustificare l'incriminazione e la compressione della libertà di espressione, per la sua natura collettiva ed ambigua e per la conseguente «collocazione dell'offesa in una dimensione troppo generica»⁶⁴⁵.

Il passaggio alla dignità umana, tuttavia, presenta criticità, per la sua natura di macro bene-giuridico, che tende ad inglobare tutti i diritti fondamentali. Da ciò deriva la difficoltà di individuarne un contenuto univoco, al punto da configurarla come un "contenitore" potenzialmente vuoto. Ne discende il c.d. *effetto trump-card* della dignità, che, unito alla sua carica simbolico-emozionale, rischia di compromettere il funzionamento del bilanciamento, il quale presuppone interessi contrapposti definiti e comparabili⁶⁴⁶. La dignità, invece, per la sua natura proteiforme, può collocarsi su entrambi i "piatti" della bilancia e, nella sua veste kantiana di bene incommensurabile, attribuisce ad ogni interesse una pretesa di absolutezza incompatibile con la

⁶⁴³ G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'uguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, cit., 1329. P. CAROLI, *Sub art. 604-bis c.p.*, in T. Padovani, *Codice penale*, Milano, 2019, 4151 s.

⁶⁴⁴ I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, cit., 195.

⁶⁴⁵ G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'uguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, cit., 1332. L. PICOTTI, *Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in, *Giur. merito*, 2006, 8 s.

⁶⁴⁶ Per queste riflessioni si veda A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 21 ss e A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di Internet*, Milano, 2020, 134 ss.

democrazia pluralista. Come ricordato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 1956⁶⁴⁷, «il concetto di ‘limite’ è insito nel concetto stesso di diritto».

Per queste ragioni, occorre individuare un bene giuridico dotato sia di capacità selettiva rispetto alle condotte punibili, sia di capacità di dialogo con la libertà di espressione⁶⁴⁸. Migliori *chances* di condurre a tale esito parrebbe avere il concetto di pari dignità, la cui qualificazione come oggettività giuridica a presidio della quale sono poste le fattispecie in esame sembra essere sostenuta dalla rubrica della sezione I-bis del codice penale, dedicata appunto ai “delitti contro l’uguaglianza”, da cui emerge un contro-interesse più preciso⁶⁴⁹, identificabile nel diritto «a non essere umiliati e poter essere trattati come persona dignitosa il cui valore eguaglia gli altri»⁶⁵⁰.

Tuttavia, anche quest’ultimo sviluppo non sembra avere placato le perplessità emergenti in relazione a questo tema dal dibattito dottrinale. Con particolare riguardo agli esiti non sempre soddisfacenti, dell’applicazione delle fattispecie attinenti al discorso d’odio nella prassi giurisprudenziale, si è recentemente auspicato «il congedo dalla nobile, quanto inafferrabile oggettività giuridica della dignità umana per riorientarsi verso beni giuridici appena più tangibili come l’ordine pubblico materiale»⁶⁵¹; pare infatti che l’ordine pubblico materiale, lungi dall’essere completamente sparito di scena, continui ad aleggiare come bene giuridico su cui ricadere nel tentativo di restituire maggiore pregnanza offensiva, con particolare riguardo alla più problematica tra le disposizioni afferenti ai delitti contro l’uguaglianza, ovvero la propaganda razzista. Non è un caso, forse, che diverse

⁶⁴⁷ C. Cost., 5 giugno del 1956, n.1.

⁶⁴⁸ G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nell’epoca dell’ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?* In *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2016, 1034 ss.

⁶⁴⁹ Per quanto anch’esso, come tutti i beni giuridici di carattere ideale, non riesce completamente ad eludere profili di criticità in relazione ai principi di determinatezza, offensività e proporzionalità.

⁶⁵⁰ F. BACCO, *Tra sentimenti ed uguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018, cit., 207. L’Autore aggiunge che il diritto all’ “eguale rispetto riconoscimento” costituisce una delle ricadute più immediate del valore della dignità umana”. Nel senso che sia «indubbia l’intenzione di valorizzare l’uguaglianza, quale nuovo bene giuridico tutelato» espressa dalla rubrica apposto alla sezione I-bis, anche M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 1018

⁶⁵¹ D. BIANCHI, *Propaganda negazionista: tendenze espansive d’una circostanza sui generis*, in *Giurisprudenza italiana*, 2025, 1636.

autorevoli voci in dottrina, pur accogliendo con favore il ruolo di primo piano attribuito alla pari dignità quale bene giuridico protetto, avanzano l'ipotesi di una natura plurioffensiva di queste disposizioni, con residua tutela dell'ordine pubblico, soprattutto in relazione alle fattispecie associative⁶⁵².

In conclusione, tuttavia, non si può non sottolineare come gli ultimi sviluppi evidenziati, ossia la proposta di un ritorno all'ordine pubblico materiale quale bene giuridico, auspicato proprio come alternativa la cui offendibilità o messa in pericolo sarebbe maggiormente misurabile e apprezzabile rispetto alla pari dignità entrino in collisione frontale con le tesi di coloro che, ormai due decenni fa, sostenevano fosse proprio l'ordine pubblico materiale inteso come "quieto vivere" o pace pubblica il candidato da scartare come interesse tutelato, proprio perché ritenuto «nozione che, a dispetto dello sforzo di formulazione il più possibile precisa ed afferrabile, non convince sul piano sostanziale, perché non riesce ad esprimere alcun interesse concreto, suscettibile di lesione empiricamente verificabile»⁶⁵³.

3.3. Segue. Le condotte tipiche e la tecnica di incriminazione: pericolo astratto o pericolo concreto? Divergenze sulle fattispecie di propaganda razzista, manifestazioni razziste e fasciste.

La travagliata evoluzione nel processo di individuazione del bene giuridico tutelato dai delitti contro l'uguaglianza, sopra ripercorsa, si ripercuote e si intreccia con un'altra questione oggetto di un intenso e prolifico dibattito dottrinale, rispetto al tema della tecnica di incriminazione più appropriata per ricostruire queste fattispecie, incentrata principalmente sull'alternativa tra la loro concezione come reati di pericolo concreto o astratto (se non addirittura presunto).

⁶⁵² V. L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazione e giustizia penale*, cit 277, G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'uguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, cit., 1333; Di parere contrario è A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre. I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 13.

⁶⁵³ L. PICOTTI, *Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in, *Giur. merito*, 2006, 8 s.

La questione in realtà si inserisce sullo sfondo di una vasta elaborazione della giurisprudenza sia costituzionale, che di merito, relativa alle fattispecie di istigazione, apologia e propaganda, generalmente considerate. Queste fattispecie sono state ereditate dalla Repubblica italiana nel codice Rocco del 1930, che, redatto in piena epoca fascista, come è noto, conteneva diverse fattispecie di reati di opinione, rispetto alle quali la dottrina invocava una riforma da parte del legislatore, se non la loro completa eliminazione, per i profili di incostituzionalità che presentavano e per la loro generale rispondenza ad una gerarchia assiologica che anteponeva decisamente la “personalità dello Stato” al principio personalistico che è cardine della nostra Costituzione⁶⁵⁴.

Il legislatore non ha attuato una riforma organica della materia⁶⁵⁵, determinando inevitabilmente la presa in carico da parte della giurisprudenza costituzionale del gravoso compito di una sua ristrutturazione. Gli interventi della Corte costituzionale in materia sono stati giudicati da parte della dottrina come frammentari e fortemente casistici, non consentendo di ricavare principi generali stabili e risultando tendenzialmente deferenti verso il legislatore⁶⁵⁶. Ciò che è rilevante ai fini del dibattito dottrinale in materia di discorsi d’odio, è il fatto che attraverso sentenze manipolative e interpretative, la Corte ha progressivamente ristretto la portata delle fattispecie di istigazione e apologia, introducendo il requisito della «concreta idoneità della condotta a cagionare un pericolo», ricostruendole come reati di pericolo concreto⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ Per tutti, v. C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1965, *passim*.

⁶⁵⁵ D. PULITANO, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in G. VASSALLI (a cura di) *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 253; A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 324. Gli autori citati evidenziano che gli unici interventi del legislatore sono consistiti nell’eliminazione di fattispecie di reati di opinione già desuete ed obsolete, come la propaganda sovversiva, l’attività antinazionale del cittadino all’estero, ed alcune addirittura mai applicate ossia la lesa prerogativa della irresponsabilità del Presidente della Repubblica; al contrario, altri interventi hanno invece considerevolmente accresciuto il catalogo di tali reati attraverso le Leggi Scelba, Reale e Mancino e gli interventi successivi più recenti, sopra analizzati, molti dei quali peraltro motivati da pressioni esterne all’ordinamento, perché frutto di vincoli discendenti da trattati internazionali firmati dal nostro Paese. o da norme di diritto dell’Unione europea.

⁶⁵⁶ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 1 s.

⁶⁵⁷ A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 327; offre, invece, una prospettiva differente Michela Manetti, la quale ritiene che “a dispetto dell’apparente incoerenza delle sue argomentazioni, la Corte ha sempre avuto in mente il pericolo di sovvertimento della legalità, inteso peraltro in senso

Risultano in tal senso emblematiche la sentenza n. 1 del 1957 sull'apologia del fascismo, nella quale si afferma che essa è punibile solo quando l'esaltazione sia «tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista», e la sentenza n. 74 del 1958 in materia di manifestazioni fasciste, che richiede la presenza di circostanze tali da renderle idonee a suscitare adesioni e consensi. Analogamente, in tema di apologia di reato, art. 414 c.p., la Corte ha limitato la punibilità ai casi in cui essa si atteggi a istigazione indiretta, escludendo la mera manifestazione del pensiero. Quanto all'istigazione all'odio tra classi sociali, fattispecie prevista all'art. 415 c.p., la norma è stata ritenuta incostituzionale nella parte in cui non specificava la pericolosità per la pubblica tranquillità. Peraltro, in controtendenza rispetto all'orientamento appena descritto, si sottolinea come in materia di apologia del genocidio la giurisprudenza della Suprema Corte abbia «sottratto l'apologia di genocidio al vaglio della pericolosità [in concreto], ritenendo che essa venga punita non per l'improbabile capacità di contagiare propositi di genocidio, ma per il solo fatto di manifestare chiaramente il plauso per forme ben identificate di fatti di genocidio»⁶⁵⁸.

Tale assetto della giurisprudenza costituzionale ha influenzato la giurisprudenza di legittimità anche con riguardo all'ambito specifico dei discorsi d'odio, in particolare in relazione alle fattispecie di propaganda razzista, nonché di manifestazioni razziste e fasciste; esso infatti ha impresso alla giurisprudenza un andamento ondivago, che ha oscillato tra un approccio volto a verificare l'idoneità lesiva in concreto della condotta rispetto al bene giuridico tutelato con riguardo alle fattispecie della Legge Scelba⁶⁵⁹ in

totalmente anticipato ed astratto, secondo la tradizionale configurazione dell'ordine pubblico come pace e armonia sociale”, concludendo che non si possa ritenere che “la Corte abbia trasformato tutti o alcuni dei reati di pericolo astratto o presunto, quali sono tipicamente i reati di opinione in un regime di ordine pubblico ideale, in reati di pericolo concreto, mutuando il criterio del *clear and present danger test*”. Infatti “è sempre il contenuto del messaggio ad essere incriminato per la sua idoneità astratta a provocare, sia pure a distanza di tempo, la temuta reazione. In altre parole, il pensiero è ritenuto intrinsecamente pericoloso, benché se ne ammetta la repressione penale soltanto nei casi in cui tale pericolosità sia minimamente apprezzabile”. A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. Art. 21: la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 2006, 255 ss.

⁶⁵⁸ A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. Art. 21: la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 2006, 288. Cass. pen., Sez. I, 23 luglio 1985, n. 507.

⁶⁵⁹ Cass. pen., Sez. V, 18 aprile 2019, n.36162 in *Cass. pen.*, 2020. “Il delitto di cui all'art. 5 l. 20 giugno 1952, n. 645 (come modificato dall'art.11 l. 22 maggio 1975, n. 152) è reato di pericolo concreto, che

ossequio all'orientamento della Consulta, ed un orientamento che invece ha ritenuto le fattispecie di propaganda razzista e di manifestazioni razziste reati di pura condotta, ascrivibili ad un modello di pericolo presunto⁶⁶⁰.

Peraltro, tali fluttuazioni e incertezza si sono recentemente, per così dire, scontrate, nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 16153 del 18 gennaio 2024, laddove la Corte è stata chiamata a dirimere un conflitto interpretativo, avente, appunto, ad oggetto l'art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 645, nota come legge Scelba, che punisce chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste e l'art 2 del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, c.d. legge Mancino, il quale prevede come reato la condotta di chi, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 604-*bis*, secondo comma, c.p, già art. 3 della legge n. 654 del 1975, nota come legge Reale. La vicenda da cui scaturì la questione aveva ad oggetto la realizzazione del saluto romano e della c.d. chiamata del presente durante una pubblica adunata commemorativa di tre militanti di diversi movimenti di estrema destra, cui avevano partecipato circa milleduecento persone.

non sanziona le manifestazioni del pensiero e dell'ideologia fascista in sé, attese le libertà garantite dall'art. 21 Cost., ma soltanto quelle manifestazioni che determinino il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste, in relazione al momento ed all'ambiente in cui sono compiute, attentando concretamente alla tenuta dell'ordine democratico e dei valori ad esso sottesi". (massima).

⁶⁶⁰ Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581 in *Cass. pen.*, 2009, nota di A. Montagna, che qualifica la fattispecie consistente nel propagandare idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero nell'istigare a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, comma 1, lett. a), l. 13 ottobre 1975 n. 654) come "un reato di pura condotta che si perfeziona indipendentemente dalla circostanza che la propaganda o l'istigazione siano raccolte dai destinatari"; Cass. pen., Sez. III, 23 giugno 2015, n.36906, §5 (diritto): "Si tratta di un reato di pura condotta, o di pericolo astratto, a nulla rilevando che l'azione abbia prodotto degli effetti, cioè che nell'immediatezza del fatto l'incitamento o la propaganda siano o meno stati recepiti.". Peraltro, si sottolinea come in materia di apologia del genocidio la giurisprudenza della Suprema Corte, non abbia mai seguito una ricostruzione della fattispecie secondo uno schema di pericolo concreto e "abbandonando i binari tradizionali" essa abbia "sottratto l'apologia di genocidio al vaglio della pericolosità, ritenendo che essa venga punita non per l'improbabile capacità di contagiare propositi di genocidio, ma per il solo fatto di manifestare chiaramente il plauso per forme ben identificate di fatti di genocidio". Sul punto si veda A. PACE. M. MANETTI, *Rapporti civili. Art. 21: la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 288. Cass. pen, 23 luglio 1985, n. 507.

Diversi furono i quesiti proposti dalla prima Sezione penale della Corte alle Sezioni Unite, ma in questa sede ci si concentrerà sulla problematica dell'incerto inquadramento della tecnica di incriminazione sulla base della quale ricostruire le due fattispecie citate, oggetto da decenni delle oscillazioni "pendolari" appena descritte⁶⁶¹.

Ebbene la Corte concluse per una soluzione conservatrice in relazione all'art. 5 della legge Scelba, individuandone il bene giuridico protetto nell'ordine democratico costituzionale e qualificando la fattispecie come reato di pericolo concreto, in totale adesione rispetto ai citati precedenti posti dalla Corte costituzionale⁶⁶², quale unica soluzione per garantire un'interpretazione dell'art. 5 in armonia con la libertà di manifestazione del pensiero. A soluzioni differenti giungono invece i giudici di legittimità in relazione all'art. 2 della Legge Mancino, ritenuto essere posto a tutela di beni quali la dignità e l'eguaglianza dei consociati, espressamente sanciti dagli artt. 2 e 3 della Cost., in modo coerente rispetto alle altre fattispecie di delitti contro l'eguaglianza insieme alle quali, pur trovandosi queste ultime all'interno del Codice penale, costituisce il *corpus* del diritto penale antidiscriminatorio. Così ricostruita l'oggettività giuridica, la Corte, valorizzando il richiamo contenuto nell'art. 2 della legge Mancino alle organizzazioni, associazioni, movimenti e gruppi di cui all'art. 604-*bis*, secondo comma, c.p., afferma la natura di pericolo astratto o presunto della fattispecie⁶⁶³, in quanto la capacità diffusiva di idee lesive della pari dignità dei

⁶⁶¹ Per una disamina completa di tutte le questioni affrontate dalla sentenza delle Sezioni Unite, sia consentito il rinvio a G. PONGOLINI, *Le Sezioni Unite sulla chiamata del presente e il saluto romano: tra vecchie soluzioni e nuove ambiguità*, Nota a Cassazione penale sez. un., 18/01/2024, (ud. 18/01/2024- dep. 17/04/2024), n. 16153, in *Cass. pen.*, 2025, 142 ss.

⁶⁶² Il riferimento è, in particolare, a C. Cost., 6 dicembre 1958, n. 74. Secondo la pronuncia, la XII disp. trans. fin., dunque, autorizza il legislatore a reprimere non solo "gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale", ma anche "ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi". Pertanto, "con questa interpretazione, coerente a quella che la Corte costituzionale ha dato nella ricordata sentenza all'art. 4 della stessa legge, la norma denunciata si inquadra perfettamente nel sistema delle sanzioni dirette a garantire il divieto posto dalla XII disposizione transitoria, né contravviene al principio dell'art. 21, primo comma, della Costituzione.

⁶⁶³ I due termini sono utilizzati dalle Sezioni Unite come sinonimi, anche se in dottrina, in proposito, è stata operata una distinzione. In particolari, Ferrando Mantovani ha proposto una tripartizione, tra reati di pericolo concreto, "per la sussistenza dei quali il pericolo per il bene deve effettivamente esistere, costituendo esso elemento tipico «espresso» e dovendosi perciò accertarne in ciascun caso la concreta esistenza (...)", reati di pericolo astratto, "nei quali il pericolo non è requisito tipico, ma è dato dalla

consociati, sempre potenzialmente esistente in virtù del fatto che sono punite solo le manifestazioni compiute in pubbliche riunioni⁶⁶⁴, sarebbe proporzionalmente collegata all'esistenza attuale dell'entità menzionate⁶⁶⁵. Al punto che, stante il collegamento delle manifestazioni con tali agglomerati, la valutazione di pericolosità presunta delle stesse «risulta già fatta a priori dal legislatore» e giustifica l'anticipazione della soglia di tutela penale, secondo lo schema tipico dei reati di pericolo astratto.

Questa sentenza costituisce soltanto un esempio recente di punto di emersione dell'incertezza sulla corretta ricostruzione dei reati che costituiscono le forme di incriminazione del discorso d'odio nel nostro ordinamento, intesi qui in senso lato, ossia comprensivi non solo dei delitti contro l'eguaglianza contenuti nel codice, ma

legge come insito nella stessa condotta, perché ritenuta pericolosa, ed il giudice si limita a riscontrare la conformità di essa al tipo legale. Ciò in quanto trattasi di tipi di fattispecie che per loro natura precludono la possibilità, ex ante e, talora, anche ex post, di controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il verificarsi dell'evento lesivo” e reati di pericolo presunto, “nei quali il pericolo non è necessariamente insito nella stessa condotta, poiché al momento di essa è possibile controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il probabile verificarsi dell'evento lesivo, ma esso viene presunto *juris et de jure*, per cui non è ammessa neppure prova contraria della sua concreta inesistenza”. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, ed., Padova, 2015, 207. V. anche A. BONOMI, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2021, 209-210.

In realtà la sovrapposizione tra “astrazione” e “presunzione” con riguardo ai reati di pericolo è stata criticata da chi ritiene che equiparare i due concetti significherebbe affermare che rispetto ai reati di pericolo astratto/presunto, in quanto il pericolo è ratio della fattispecie e non elemento tipico di esso, il giudice non debba procedere ad alcun tipo di accertamento, conclusione ritenuta “incompatibile con i principi della nostra Costituzione”. Si ritiene infatti che anche rispetto ai reati di pericolo astratto vi debba essere un accertamento; ciò che li distingue da quelli di pericolo concreto è il carattere più generalizzante dello stesso. v. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 231; F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, 173 (“il criterio della pericolosità astratta, pur accontentandosi in realtà di una semplice idoneità generale, che anticipa la soglia della tutela penale, richiede pur sempre la realizzazione di un pericolo reale”)

In generale sulle difficoltà di definire il concetto di pericolo e le varie categorie in cui esso può declinarsi, *ex multis* v. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994, 210 ss. Parla di “autentica babele definitoria e categoriale in cui versa la dommatica del pericolo”, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 289.

⁶⁶⁴ Definisce la pubblicità come “diffusività almeno potenziale dell'azione, idonea a segnalare l'antigiuridicità penale di comportamenti altrimenti leciti, ovvero ad accrescere la portata offensiva di condotte di per sé già lesive di interessi tutelati” G. DE VERO, voce *Pubblicità*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, 1988, 1040 come citato da S. DEL CORSO, 207.

⁶⁶⁵ Si tratta dell'opzione interpretativa maggiormente condivisa dalla giurisprudenza della Cassazione, pur esistendo anche pronunce che ricostruiscono anche l'art. 2 della legge Mancino come reato di pericolo concreto. V. *infra*.

anche delle fattispecie previste dalla Legge Scelba, oltre che delle disposizioni ancora in vigore della legge Mancino.

Anche la dottrina è fortemente divisa sulla scelta della tecnica di incriminazione adeguata a tali reati.

Da una parte, non manca chi presta un forte sostegno al mantenimento del paradigma del pericolo concreto in relazione alla categoria dei reati di opinione, inevitabilmente incidenti su libertà fondamentali come la libertà di espressione e in generale le libertà politiche⁶⁶⁶,

Con specifico riferimento alle controversie fattispecie di propaganda razzista e istigazione alla discriminazione, vi è chi afferma che debba «ritenersi superata la tesi giurisprudenziale secondo la quale si tratterebbe [...] di reati di pericolo astratto», richiamando «l'insegnamento della Corte Costituzionale», ossia la sua opera testé richiamata, di ricostruzione delle fattispecie dei reati di opinione come reati a pericolo concreto implicito, così rilevando come elemento imprescindibile delle condotte in analisi, la valutazione dell'idoneità delle stesse ad influire sul pensiero altrui creando un pericolo concreto, da valutarsi sulla base di elementi contestuali⁶⁶⁷. I fautori di questa tesi ritengono altresì che «anche in ipotesi di mera propaganda od istigazione viene in rilievo la tutela del diritto fondamentale alla non discriminazione di determinati individui, o gruppi di individui» pertanto si tratterebbe di «un bene giuridico concretamente, e non solo astrattamente, messo in pericolo, o addirittura, violato dalle condotte incriminate»⁶⁶⁸; gli elementi dell'idoneità della condotta, valutati «in combinato disposto con il rango primario dei beni tutelati dalla normativa in esame e con l'anticipazione sanzionatoria tipica delle condotte oggetto d'analisi, consentirebbe di inquadrare il reato di cui all'art. 604-*bis* c.p. nel novero dei reati di pericolo concreto»⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁹, Bologna, 2024, 225.

⁶⁶⁷ L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 283-284

⁶⁶⁸ L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale tra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 140.

⁶⁶⁹ L. D'AMICO, *I delitti contro l'eguaglianza*, cit, 6107.

Il pregio di questa ricostruzione consiste naturalmente nel tentare di ridurre i profili problematici che fattispecie come la propaganda di idee pongono sul piano del principio di offensività, tuttavia non sembra riuscire appieno nell'intento.

D'altro canto, tuttavia, sono particolarmente pregnanti e difficilmente superabili le riflessioni di segno opposto, fortemente critiche nei confronti della tecnica del pericolo concreto. Una posizione notevolmente articolata è quella, secondo cui tale ricostruzione risulta inadeguata per fattispecie che si pongono come limiti a un diritto fondamentale quale la libertà di espressione, caratterizzate da una forte densità valoriale ma da una scarsa tangibilità dei danni⁶⁷⁰. In questa prospettiva, si fa notare che l'accertamento della concreta esposizione a pericolo risulta «sfuggente, se non aleatorio», soprattutto quando il bene giuridico protetto presenta una connotazione normativo-ideale, come la dignità umana o il diritto alla partecipazione in condizioni di parità al processo democratico, ovvero ha un'estensione «ad amplissimo spettro» come l'ordine e la pace pubblici⁶⁷¹.

Un ulteriore e non trascurabile profilo di criticità è rappresentato dal fatto che, con riguardo al delitto in parola, ci si trova di fronte ad un giudizio di idoneità che accede allo schema di quella che è stata definita causabilità psichica; calando la riflessione di autorevole dottrina nel caso specifico delle manifestazioni fasciste, oggetto del citato recente arresto delle Sezioni Unite, infatti, è stato evidenziato come il giudice dovrà valutare l'idoneità della manifestazione realizzata ad effettuare opera di proselitismo e diffusione dell'ideologia fascista presso chi vi abbia assistito, passaggio intermedio fondamentale a predisporre il retroterra culturale ideale in cui potrebbe verificarsi l'evento, ossia la ricostituzione del partito fascista. Si tratta dunque di accertamento basato su «un unico fatto reale, la manifestazione del pensiero, a fronte di due passaggi ipotetici da verificare»⁶⁷². A ciò si deve aggiungere che le leggi scientifiche di

⁶⁷⁰ A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 273 ss.

⁶⁷¹ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 247.

⁶⁷² Per queste osservazioni si veda A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Giuffrè, 2020, p. 378-379. L'A., deponendo a favore di una ricostruzione in chiave di pericolo astratto delle fattispecie incriminatrici della parola pericolosa, accompagnata da una più rigorosa applicazione del principio di frammentarietà e d all'abrogazione di ogni forma di istigazione indiretta, sottolinea, inoltre, che la ricerca degli elementi

copertura di un simile giudizio di idoneità in concreto, nell'esempio che qui ci occupa, non possono essere altro che leggi tratte dalle scienze storiche, politologiche e sociali, «con tutte le incertezze che inevitabilmente si accompagnano alla ricostruzione degli eventi storici e alla ricerca di eventuali analogie»⁶⁷³

La combinazione di tali fattori, in aggiunta all'ineliminabile coefficiente di indeterminazione che caratterizza il tenore terminologico delle disposizioni normative oggetto di studio è all'origine dell'incoerenza interna che pervade la giurisprudenza in materia non solo di discorso razzista e fascista, ma in generale l'intera prassi giurisprudenziale del diritto penale antidiscriminatorio⁶⁷⁴.

oggetto di questo giudizio di idoneità finisce per andare ben oltre le circostanze strettamente contingenti rispetto ai singoli episodi, per toccare profili generali quali la stabilità delle istituzioni democratiche e il grado di approvazione e consenso di cui godono movimenti di matrice neofascista nel contesto sociale in esame. Per una esposizione sintetica delle problematiche legate alla prova del pericolo concreto rispetto a questo reato, v. D. TARANTINO, *Diritto penale e "culto del littorio"*, cit., p. 260.

⁶⁷³ M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, p. 338.

⁶⁷⁴ A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 392. L'Autrice fa qui riferimento a due sentenze del Tribunale di Milano (Trib. Milano, 20 febbraio 2019, n. 2488 e Trib. Milano, 27 novembre 2018, n. 13843) con cui furono nel primo caso assolto e nel secondo caso condannato due individui per aver tenuto lo stesso comportamento, ossia l'esecuzione del saluto romano, nel corso di una manifestazione chiaramente celebratoria del regime fascista. L'Autrice sottolinea come ciò che colpisca sia la specularità delle due motivazioni che, analizzando i medesimi elementi (il luogo della manifestazione, il numero dei partecipanti, le frasi pronunciate e il valore del discorso), erano giunte a valutazioni di pericolosità in concreto completamente diverse. Questo non è l'unico esempio del carattere incerto della giurisprudenza in materia. Si citano due recenti pronunce della Corte di Cassazione. Nella prima è stata esclusa l'aggravante della finalità di discriminazione razziale in relazione ad una fattispecie di ingiuria (oggi depenalizzata) in relazione ad un epiteto razzialmente connotato rivolto a due donne sudamericane durante una rissa, in quanto "ai fini la configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 3 comma 1 d.l. 26 aprile 1993 n. 122, non può considerarsi sufficiente che l'odio etnico, nazionale, razziale, religioso, sia stato, più o meno riconoscibilmente, il sentimento che ha ispirato dall'interno l'azione delittuosa, occorrendo invece che questa, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare in altri il suddetto riprovevole sentimento o comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori per ragioni di razza, nazionalità, etnia o religione". (Cass. pen. 17 novembre 2005, n- 44295 massima in DeJure) Nella seconda invece, successiva di pochi mesi alla prima, l'utilizzo del medesimo epiteto, rivolto da un adulto ad una persona minorenni, fu ritenuto integrante la circostanza aggravante con la seguente motivazione: "Integra gli estremi dell'aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso (art. 3 d.l. n. 122 del 1993, in legge n. 205 del 1993), l'espressione ingiuriosa "va via di qua, sporca n.", rivolta a persona di pelle scura, in quanto essa si rapporta nell'accezione corrente ad un pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza, né a tal riguardo, fa rilievo la mozione soggettiva dell'agente, considerato che l'accertamento sulla idoneità potenziale dell'azione a conseguire lo scopo discriminatorio deve essere parametrato, non già all'idoneità occasionale del fatto a conseguire ulteriore disvalore ma al dato culturale che lo connota". (Cass. pen. 20 gennaio 2006, n- 9381/206 massima in DeJure) Su queste pronunce si veda I. SPIGNO, *Discorsi d'odio*, cit., 204, nt. 191.

Le conclusioni appena illustrate, in realtà, possono ricondursi ad un precipitato nella specifica materia di reati di opinione, di insegnamenti già da tempo formulati da autorevole dottrina con riguardo alla correlazione tra bene giuridico protetta e tecnica di incriminazione. È considerazione ormai ampiamente acquisita, infatti, che il modello del pericolo concreto non costituisca sempre una tecnica di posticipazione della soglia di intervento penale, molto dipendendo dal tipo di evento pericoloso e di oggettività giuridica⁶⁷⁵.

A tale constatazione occorre aggiungere anche la considerazione per le specificità dell'ambito dei reati di opinione, nel quale la tecnica del pericolo concreto soffre invariabilmente della pressione che su di essa esercita il periodo storico, in quanto «tecnica che può sempre intrecciarsi storicamente con variazioni degli orientamenti politico-culturali e del senso comune, tali da determinare nella prassi quello che giornalmente si designerebbe come un giro di vite suscettibile di caricarsi di conseguenze nefaste per la libertà di pensiero»⁶⁷⁶.

4. Propaganda razzista fondata sulla negazione della Shoah: criticità alla prova della prassi giurisprudenziale.

Al fine di mettere alla prova e cercare riscontro ai profili di criticità avanzati dalla dottrina penalistica, oltre che alle soluzioni da essa proposte, in relazione alle

⁶⁷⁵ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005, p. 290-291. “(...) un pericolo astratto seriamente tipizzato appare assai più significativo rispetto a una concreta pericolosità ancorata a sub-eventi o a stadi intermedi dell’offesa. In secondo luogo, e soprattutto, non è detto che la scelta di adottare un tale modello sia sempre percorribile, specie dal punto di vista processuale e probatorio: come si è già accennato la tipizzazione del pericolo può risultare davvero ardua a fronte di beni giuridici collettivi o superindividuali, ove l’utilizzo di clausole espresse di pericolo concreto, oltre a scontare un congenito deficit di determinatezza (...) e un corrispondente e significativo margine di discrezionalità giudiziale, solo apparentemente garantisce una offensività più profilata, data la difficoltà di condurre verifiche empiriche su oggetti di tutela macrodimensionati (o diffusi) ovvero sull’insorgenza di un pericolo in incertam personam”.

⁶⁷⁶ C. FIORE, *I limiti dell’espressione dell’antagonismo politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 899.

fattispecie di propaganda razzista e alla relativa aggravante di Negazionismo, conviene ora procedere ad una sintetica rassegna delle pronunce di merito e di legittimità, il cui novero è ancora tutto sommato esiguo, che hanno applicato il reato previsto dal primo comma, lett. a) dell'art. 604-*bis* c.p., nella sua forma circostanziata prevista dal terzo comma dello stesso. L'analisi prende avvio dalla prima applicazione da parte della Corte di cassazione dell'aggravante di negazionismo, introdotta, come precedentemente accennato solo nel 2016, ed esistente nel nostro ordinamento nella sua formulazione appena dall'anno successivo.

La vicenda all'origine della sentenza n. 3808 del 2021 trae origine dalla diffusione, mediante affissione di volantini nello spazio pubblico urbano, di messaggi apertamente antisemiti e negazionisti, collocati temporalmente in occasione della Giornata della Memoria. La ricostruzione fattuale, non contestata dall'imputato, evidenziava l'uso di espressioni retoriche e denigratorie, volte a mettere in discussione l'esistenza dello sterminio del popolo ebraico e a presentare tali affermazioni come espressione di un preteso "revisionismo storico"⁶⁷⁷. I motivi alla base del ricorso erano due; nel primo si lamentava la violazione dell'art. 10 CEDU, che sancisce la libertà di manifestazione del pensiero, rispetto al quale la fattispecie penale in parola rappresenterebbe un'illecita interferenza, in quanto non consentirebbe ai consociati di poter discutere dell'Olocausto come un qualsiasi altro avvenimento storico, per poterne proporre una critica sul piano della ricostruzione e dello svolgimento degli avvenimenti. Il secondo invece aveva ad oggetto l'elemento soggettivo, ritenuto carente: in particolare si adduceva l'assenza di prova del fatto che «l'imputato, nel suo momento

⁶⁷⁷ Cass. pen, sez. I, 19 novembre 2021, n. 3808 in *DeJure.*, §1.1. In particolare, uno dei volantini riportava frasi del seguente tenore: «I 6 milioni di morti sono ufficialmente documentati da testimoni oculari e da libri in vendita, tra una caciotta e un culatello, nelle aree di servizio autostradali». A corredo, era raffigurato il burattino Pinocchio con la scritta *Made in Israel* sul naso e la frase «credi ancora a quel che insinua Pinocchio? Perché tutta questa paura degli studi revisionisti se non c'è nulla da nascondere?». Il secondo volantino, invece, recava il testo «27 gennaio nella Giornata della Memoria vogliamo ricordare gli olocausti degli ultimi secoli», proseguendo con una serie di eventi, corredati da supposte statistiche, relative a genocidi registrati nel corso degli ultimi secoli». Si aggiunge che nel corso di alcune perquisizioni presso l'abitazione del ricorrente erano stati rinvenuti altri volantini contenenti propaganda della medesima natura, dei quali per i giudici di merito avevano escluso la rilevanza penale per difetto di pubblica diffusione, elemento esplicitamente richiesto, sotto forma di pericolo, dalla lettera della legge per l'aggravante di cui al terzo comma dell'art. 604 bis c.p.

rappresentativo, [avesse] avuto la volontà di diffondere un'idea che negasse l'Olocausto e non quella di criticare la ricostruzione storica ufficiale»⁶⁷⁸, tornando quindi, in sostanza ad insistere sulla tesi secondo cui la condotta contestata costituirebbe una revoca in dubbio di affermazioni mainstream sullo svolgimento dell'Olocausto, la cui critica ben dovrebbe rientrare nell'ambito di protezione della libertà di espressione.

Nel respingere il ricorso, la Corte di cassazione conferma la qualificazione della condotta come propaganda di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale, attribuita dai giudici di merito, rispetto alla quale nessuna contestazione era stata mossa nel ricorso. Sotto il profilo della tecnica di incriminazione, la decisione non tematizza espressamente la natura del pericolo richiesto dalla fattispecie, ma sembra muoversi entro una concezione della propaganda razzista come reato di pericolo prevalentemente astratto, nel quale l'idoneità offensiva della condotta è ricavata dalla tipicità del contenuto e dal contesto di diffusione, senza che sia richiesto un accertamento in concreto di specifici effetti lesivi o di un rischio attuale di future condotte discriminatorie o violente.

Il pericolo rilevante, nella motivazione della Corte, non viene ricostruito come rischio di istigazione indiretta alla commissione di atti discriminatori o violenti, bensì come pericolo connesso alla circolazione pubblica di un messaggio intrinsecamente negazionista e discriminatorio, ritenuto incompatibile con i valori fondamentali dell'ordinamento e, sul piano convenzionale, con quelli della CEDU. In tal senso, la decisione sembra presupporre un bene giuridico oscillante tra la tutela della pari dignità dei soggetti appartenenti al gruppo discriminato e una più generica salvaguardia dell'ordine pubblico materiale, relegata sullo sfondo.

Nel respingere il ricorso, la Corte valorizza significativamente la distinzione tra revisionismo storiografico e negazionismo, collocando il ricorrente nella seconda categoria e chiarendo che « mentre ogni storico che si rispetti è revisionista, nel senso

⁶⁷⁸ *Ivi*, §2.2 (Fatto).

che è disposto a rimettere costantemente in gioco le proprie conoscenze qualora l'evidenza documentaria lo induca a rivedere le sue posizioni, il negazionista è colui che nega l'evidenza storica stessa, come accade in questo caso per l'Olocausto ebraico»⁶⁷⁹. Per argomentare la presente tesi, i giudici di legittimità attingono a piene mani dalla giurisprudenza della Corte EDU, richiamando, tra altri, in particolare il noto caso *Garaudy c. Francia*, nel quale, operando una differenziazione tra condotte espressive afferenti a fatti storici chiaramente stabiliti, come l'Olocausto, e quelle relative a fatti rispetto ai quali è tuttora in corso un dibattito tra gli storici circa come sono avvenuti e come possono essere interpretati, si escludono le prime dalla protezione convenzionale, ad opera dell'art. 17. Tale impostazione, come già illustrato precedentemente, consente al giudice di elidere in radice il bilanciamento ai sensi dell'art. 10, secondo paragrafo, CEDU, configurando le affermazioni negazioniste come abuso del diritto di manifestazione del pensiero⁶⁸⁰.

Quanto ai nodi problematici della fattispecie di propaganda razzista evidenziati in dottrina, la sentenza in parola non dedica spazio ad un confronto con essi, proprio perché la Corte, sul punto, si limita ad aderire alla ricostruzione dei giudici di merito, peraltro, si ribadisce, non contestata dal ricorrente, i cui motivi di ricorso avevano ad oggetto esclusivamente il tema dell'aggravante di negazionismo.

Ad ogni modo, la motivazione riporta in estrema sintesi, gli indici valorizzati dalle corti inferiori per appurare la specifica idoneità della condotta a costituire propaganda di idee discriminatorie, identificati in una pluralità di elementi fattuali e contestuali: il contenuto dei volantini, il loro linguaggio simbolicamente aggressivo, il luogo della diffusione e, soprattutto, la coincidenza temporale con il 27 gennaio. Sebbene per le ragioni summenzionate, la sentenza non si diffonda né sul bene giuridico né sulla tecnica di incriminazione caratterizzante il reato di propaganda razzista, sembra di poter affermare che questi elementi vengono utilizzati non tanto per verificare la concreta idoneità della condotta a produrre effetti lesivi ulteriori, quanto come indici

⁶⁷⁹ *Ivi*, §§ 2.1 (Diritto).

⁶⁸⁰ *Ivi*, §§ 2.1., 2.2.2.

sintomatici dell'intrinseca pericolosità del messaggio, contribuendo così a rafforzare una lettura anticipata e presuntiva dell'offesa, presagendo, seppur implicitamente, i risvolti problematici che, invece, verranno pienamente alla luce negli arresti giurisprudenziali più recenti della Corte.

Nel complesso, dunque, sebbene la decisione fornisca una prima indicazione applicativa sull'aggravante di negazionismo, essa pare trincerarsi dietro l'orientamento giurisprudenziale dei giudici di Strasburgo, presentato come univoco rispetto all'impossibilità di accordare tutela alcuna al discorso negazionista, tralasciando però di confrontarsi con gli sviluppi in materia successivi al caso *Perinçek*, in cui alcune crepe hanno cominciato ad aprirsi nell'approccio europeo al tema; essa, inoltre, lascia in ombra le persistenti criticità della fattispecie di propaganda razzista⁶⁸¹, che tuttavia, come già detto, non tarderanno a rivelare tutta la loro problematicità nel contesto di due successive pronunce della Cassazione, che ci sia avvia ad esaminare.

La prima di esse in ordine cronologico, ovvero la sentenza n. 39243 del 2024, offre una delle ricostruzioni più articolate e, al contempo, problematiche della fattispecie di propaganda razzista aggravata dalla negazione della Shoah, ponendosi come punto di snodo nell'evoluzione giurisprudenziale dell'art. 604-*bis* c.p.⁶⁸². Il caso riguardava una pluralità di condotte espressive, tra loro eterogenee per modalità e mezzi di diffusione: l'esposizione permanente, sulla pubblica via, di simboli riconducibili al nazionalsocialismo (aquile e triangoli evocativi della classificazione dei deportati nei campi di concentramento), la pubblicazione su un profilo *Facebook* aperto di una foto del ricorrente, ritratto mentre eseguiva il saluto romano davanti al collegio presso cui aveva conseguito il diploma, nonché di video a contenuto negazionista e l'invio, tramite messaggi privati *WhatsApp*, di *link* a filmati negazionisti accompagnati da

⁶⁸¹ Sia consentito il rinvio a G. PONGOLINI, *Una prima applicazione della c.d. aggravante di negazionismo: il giudice di legittimità tra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e i dubbi irrisolti sulla fattispecie di propaganda razzista*, in, *Indice penale*, 2023, *passim*.

⁶⁸² Cass. pen., sez. I, 25 ottobre 2024, n. 39243 in *Giurisprudenza Italiana*, 2025, con nota di D. BIANCHI, *Propaganda negazionista: tendenze espansive d'una circostanza sui generis*, 1627 ss.

sollecitazioni alla visione⁶⁸³. Le decisioni di merito avevano ricondotto tali condotte all'unica fattispecie di propaganda razzista aggravata ai sensi del comma terzo, escludendo invece la configurabilità dell'istigazione alla discriminazione⁶⁸⁴.

Nel confermare in larga parte l'impostazione dei giudici di merito, la Corte di cassazione aderisce a una concezione della propaganda razzista come reato di pericolo incentrato sulla diffusività del messaggio, ribadendo che la condotta tipica consiste nella divulgazione di idee finalizzata a influenzare la psicologia o il comportamento di un vasto pubblico e a raccogliere adesioni. La Corte richiama espressamente il precedente n. 3808 del 2021, collocandosi in linea di continuità con un orientamento che valorizza la idoneità propagandistica della condotta⁶⁸⁵.

Sotto il profilo della tecnica di incriminazione, la pronuncia assume particolare rilievo perché, al contrario di quella precedentemente analizzata, affronta direttamente il tema del rilevamento del concreto pericolo di diffusione richiesto dall'aggravante di cui all'art. 604-*bis*, comma 3, c.p., oltre ad approfondire la nozione stessa di propaganda, da determinarsi in relazione agli effetti potenziali da essa discendenti. La sentenza, infatti, ribadisce la definizione di propaganda elaborata dalla precedente giurisprudenza, da intendersi come «divulgazione di opinioni, finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico e a raccogliere adesioni»⁶⁸⁶. Afferma, inoltre, che «il concetto di propaganda, dunque, ha come caratteristica essenziale la diffusività delle idee presso un numero indeterminato di persone e una concreta idoneità di tale condotta a trovare consensi nel pubblico». Tale pericolo viene ricostruito dunque come un rischio di diffusione del messaggio, a prescindere da una effettiva ricognizione della portata della diffusione effettivamente verificatasi, come risultante dalla combinazione tra il contenuto simbolico dei messaggi, la loro esposizione sulla pubblica via per un periodo prolungato e la successiva circolazione delle immagini sui *social network* e sulla stampa. La Corte

⁶⁸³ Cass. pen., sez. I, 25 ottobre 2024, n. 39243, § 2.4. (fatto)

⁶⁸⁴ Cass. pen., sez. I, 25 ottobre 2024, n. 39243, §1 (fatto).

⁶⁸⁵ *Ibidem*, §1.4.2 (Diritto).

⁶⁸⁶ *Ibidem*

valorizza, in particolare, la risonanza mediatica e il clamore suscitato a livello locale e nazionale, ritenendo tali elementi sufficienti a fondare la sussistenza di una «idoneità diffusiva e propagandistica [...] concretamente apprezzabile»⁶⁸⁷.

Traspare dunque che il pericolo penalmente rilevante, sia in relazione alla fattispecie base di propaganda, in cui pure la lettera delle legge tace sul punto, sia quello relativo all'aggravante di negazionismo, rispetto alla cui definizione, invece, la disposizione del terzo comma è esplicita, viene dunque evidentemente ancorato alla mera capacità del messaggio di circolare nello spazio pubblico e digitale, incidendo simbolicamente sulla dignità dei soggetti appartenenti al gruppo preso di mira. In questo senso, la Corte assume chiaramente come bene giuridico primario la pari dignità e l'uguaglianza degli individui, intese in una dimensione "collettiva", prescindendo da un nesso istigatorio, sia pure indiretto, con comportamenti lesivi ulteriori, quali atti discriminatori e violenti, rilevanti esclusivamente per le fattispecie istigatorie, la cui applicabilità è qui esclusa⁶⁸⁸.

La sentenza offre, infine, un esempio significativo della selezione giudiziale delle condotte sulla base del mezzo di diffusione. Se, infatti, l'esposizione dei simboli sulla pubblica via e la pubblicazione di video su *Facebook* vengono ritenute dotate di sufficiente potenzialità propagandistica, l'invio di messaggi privati a un numero limitato di destinatari tramite *WhatsApp* viene escluso dall'area della rilevanza penale

⁶⁸⁷ § 1.4.3. (Diritto)

⁶⁸⁸ D. BIANCHI, *Propaganda negazionista: tendenze espansive d'una circostanza sui generis*, cit., 1630 s., v., in particolare, nota. 19. L'autore mette in evidenza questo aspetto, segnalando come esso sigilli la cesura tra le condotte propagandistiche da un lato, istigatorie ed esecutive dall'altro. Inoltre, nell'analisi, si applicano le note categorie elaborate in seno allo studio dei reati di opinione da parte di Alessandro Spina, che a seguito della disamina di una serie di disposizioni collocate in diverse disposizioni di rango internazionale e sovranazionale in materia di discorsi d'odio () delinea tre modelli di incriminazione dello stesso. Il primo è definito modello enunciativo e ad esso si riconducono le condotte di diffusione, promozione o propaganda, ossia tutte quelle condotte «prive di quel necessario legame immediato con l'altrui azione che è invece implicito nell'uso del verbo *to incite*». Il secondo è il modello istigatorio a cui, come suggerisce la stessa denominazione, si devono ricondurre, le condotte incriminate in ragione della loro attitudine a provocare, direttamente (istigazione) o indirettamente (apologia) degli effetti nella realtà, ossia il compimento di azioni, di natura discriminatoria o violenta. Il terzo, meno rilevante in materia di *hate speech* in senso stretto è il modello esecutivo. V. A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2016, 589 ss, 592-593.

per difetto del requisito della diffusività, mancando la capacità di raggiungere un numero indeterminato o quantitativamente apprezzabile di persone⁶⁸⁹.

In dottrina, in sede di commento alla pronuncia, si è condivisibilmente osservato come l'impostazione accolta dalla Corte di cassazione rischi di condurre a un progressivo svuotamento selettivo della fattispecie, determinato dall'adozione di un modello di propaganda fondato quasi esclusivamente sulla dimensione enunciativa, ma anche, al contempo, ad una pericolosa espansione dello stesso, ravvisabile in due distinte «linee di espansione»⁶⁹⁰. La prima risiede nel riconoscimento della natura di reato di pericolo della propaganda, sia nella sua versione base, che nella forma aggravata di cui al terzo comma, e, soprattutto nel referente di tale pericolo, da intendersi, come già detto nella capacità della condotta di diffondersi, con la conseguenza che, «non solo è sufficiente l'aggressione ad un interesse collettivo e spiritualizzato, consistente in una mera espressione di idee priva di reale capacità istigatoria, ma che tale aggressione comunicativa raggiunge la rilevanza penale a prescindere dalla sua effettiva diffusione, ossia anche se non giunge alle orecchie (o agli occhi) di un "vasto pubblico", bastando appunto il mero pericolo di diffusione del messaggio discriminatorio. In altri termini, l'offesa attuale al valore comunitario della dignità umana si avrebbe solo con una oggettiva documentata propagazione dell'idea perversa nel *marketplace of ideas* ma, guardando alla decisione in commento, parrebbe che ai fini dell'integrazione del delitto di propaganda razzista siffatta propagazione non sia indispensabile, risultando sufficiente la "diffusività", la capacità di diffusione, non la concreta diffusione, del contenuto di pensiero espresso»⁶⁹¹. Dato ancora più allarmante è costituito dal fatto che in questo caso, il clamore mediatico tanto valorizzato dalla Corte per l'integrazione del pericolo di diffusione, può ricondursi solo in parte, (e forse solo in minima parte) a condotte diffusive ascrivibili direttamente al soggetto autore delle condotte espressive, in quanto ad "accendere i riflettori" su di esse, erano state soprattutto le

⁶⁸⁹ Si potrebbe dire che questi messaggi pubblicati su *chat* private vengano considerati equiparabili al materiale consistente in volantini e *pamphlet*, rinvenuti a casa del ricorrente nella sentenza della Cassazione n. 3808 del 2021, precedentemente analizzati e considerati penalmente irrilevanti.

⁶⁹⁰ D. BIANCHI, *Propaganda negazionista: tendenze espansive d'una circostanza sui generis*, cit., 1633 ss.

⁶⁹¹ D. BIANCHI, *Propaganda negazionista: tendenze espansive d'una circostanza sui generis*, cit., 1631.

fotografie dei pannelli nazisti affissi ai cancelli prodotte dai passanti e poi postate su *Twitter*, che, in una sorta di classico effetto domino ben rappresentato dalla locuzione virgiliana *fama crescit eundo*, hanno portato alla pubblicazione del relativo articolo sul quotidiano *La Stampa*, il quale ha sua volta aveva spinto le autorità locali all'azione⁶⁹². Per questo, la medesima, attenta dottrina sottolinea dubbi in merito all'effettiva riconducibilità della diffusione o diffusività al soggetto agente, sotto il della personalità della responsabilità penale, considerando che gli è certamente ascrivibile la sola condotta di affissione al proprio cancello, della cui capacità di diffusione presso un vasto pubblico si dubita, considerando che la sua abitazione si trovava in un piccolo centro montato, e la pubblicazione di video negazionisti sul proprio profilo *Facebook*, di cui si è valorizzato il carattere pubblico, senza però, proprio perché la norma, per come interpretata non lo richiede, sforzarsi di accertarne l'effettiva diffusione e persuasività, attraverso indici come il numero di *like* al *post*, il numero di ri-condivisioni dello stesso, il numero e il tenore di eventuali commenti, ad es. di approvazione e sostegno o di critica e rigetto). Si tratta a bene vedere di profili problematici che sembrano riecheggiare quelli evidenziati in relazione al recente caso *Lenis v. Greece* della Corte EDU in materia di discorso d'odio omofobico, in cui, a giustificazione dell'applicazione dell'art. 17 della convenzione in funzione di *case killer* o ghigliottina, i giudici di Strasburgo hanno dato risalto alla forte risonanza mediatica dell'articolo omofobo pubblicato dal ricorrente sul suo blog personale, senza tuttavia approfondire l'analisi degli specifici elementi circostanziali del fatto, cosa che solo lo svolgimento del test del bilanciamento avrebbe potuto consentire, tra cui il fatto che l'articolo era stato ripreso dai *media* perlopiù in chiave critica delle posizioni dell'autore, stimolando, si potrebbe dire, gli anticorpi della società a reagire contro la ripugnanza dei contenuti espressi, nella migliore realizzazione dell'esercizio della libertà di espressione in funzione di ricerca della Verità, sia nella concezione "anti-dogmatica" di John Stuart Mill che in quella del *marketplace of ideas* inaugurata dal

⁶⁹² *Ibidem*, cit., 1632, v. anche per la medesima osservazione in relazione alla sentenza di primo grado, Tribunale di Aosta, 7 luglio 2021, n. 249, A. COSTANTINI, *Esposizione di simboli nazisti fuori dal cancello di casa e diffusione di video negazionisti online*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2021, §4

Justice Oliver Wendell Holmes, probabilmente più efficace e, comunque, sicuramente priva di tutti gli effetti collaterali riconducibili al mezzo della repressione penale.

La seconda direttrice di espansione è stata individuata nel progressivo distacco e autonomizzazione del terzo comma dell'art. 609 *bis* c.p., che, almeno secondo la lettera della legge, nell'interpretazione della dottrina maggioritaria, dovrebbe costituire una circostanza aggravante⁶⁹³. Rispetto al caso in oggetto, si nota infatti che sia i giudici delle corti inferiori che la Cassazione hanno tendenzialmente sganciato la propaganda negazionista di cui all'art. 604-*bis*, comma 3, c.p. dal contesto di discriminazione razziale che caratterizza la fattispecie base. In particolare, nelle ipotesi di diffusione dei video negazionisti tramite *Facebook*, l'accertamento giudiziale prescinde da una verifica puntuale della presenza di messaggi espressamente riconducibili a idee di superiorità o odio razziale, limitandosi a valorizzare la negazione della Shoah in quanto tale e il requisito della diffusività. Si è così osservato che la propaganda negazionista tende ad assumere una fisionomia progressivamente autonoma rispetto a quella *stricto sensu* razzista, nonostante la sua natura formalmente circostanziale. Tale dinamica determina un esito sistematicamente problematico, poiché una circostanza aggravante, peraltro bilanciabile, finisce per indebolire il rapporto di specialità con la fattispecie base, estendendo l'area del penalmente rilevante in modo difficilmente conciliabile con la coerenza logico-sistematica dell'ordinamento⁶⁹⁴.

È stato quindi proposto di individuare nella propaganda penalmente rilevante una condotta comunicativa caratterizzata da due distinti eventi di pericolo: da un lato, il pericolo diretto di ampia diffusione delle idee discriminatorie, intensa come effettiva diffusione delle stesse e non come mera capacità diffusiva; dall'altro, un pericolo indiretto di condizionamento di un numero apprezzabile di consociati, tale da favorire

⁶⁹³ D. BIANCHI, *Propaganda negazionista: tendenze espansive d'una circostanza sui generis*, cit., 1632-1633.

⁶⁹⁴ *Ibidem*.

l'attecchimento sociale dell'ideologia razzista e porre le basi per il passaggio da forme di razzismo latente e frammentario a manifestazioni più pervasive e strutturate.

In questa prospettiva, l'elemento soggettivo dovrebbe essere circoscritto al dolo intenzionale, inteso come volontà non solo di diffondere il messaggio discriminatorio, ma anche di orientare il pensiero del pubblico e raccogliere adesioni, obiettivo che risulta connaturato alla stessa nozione di propaganda, pur senza richiedere la sua effettiva realizzazione. Sul piano oggettivo, diviene allora imprescindibile accertare l'idoneità concreta della condotta a produrre una diffusione su larga scala e un significativo impatto persuasivo, valorizzando elementi quali il contenuto del messaggio, la sua dimostrata capacità di circolazione e la sua forza di penetrazione nel tessuto sociale.

Pur riconoscendo che il pericolo di diffuso indottrinamento costituisce un evento psico-sociale di complesso accertamento e connotato da ampi margini di discrezionalità, si sostiene che un parziale riposizionamento del bene giuridico verso dimensioni più tangibili, quali l'ordine pubblico materiale, consenta di escludere dall'area della rilevanza penale le condotte comunicative dotate di scarsa capacità divulgativa e di limitato impatto sociale, destinate a rimanere confinate nel livello dell'infrarazzismo. In tal senso, anche in un'ottica precauzionale, risulterebbe possibile distinguere tra forme di propaganda pervasiva e dotata di significativo *appeal*, idonee a integrare la fattispecie delittuosa, e manifestazioni espressive isolate o marginali, prive di reale capacità di emergere nel rumore di fondo dell'infosfera e, come tali, penalmente irrilevanti.

Tuttavia, la proposta di riallineamento della fattispecie di propaganda razzista al principio di offensività appena illustrata, per quanto ben articolata e finalizzata al raggiungimento di obiettivi condivisibili, non pare appieno convincente, a meno che non sia da intendersi come un richiamo alla giurisprudenza ad un maggiore rigore logico e precisione nell'applicazione dei principi di diritto da essa stessa elaborati. Infatti, non sembra sussistere una marcata differenza tra il *test* basato sul doppio evento di pericolo per valutare la sussistenza della fattispecie di propaganda, e la massima

giurisprudenziale secondo cui la propaganda penalmente rilevante è da circoscriversi a quella idonea a diffondersi presso un vasto pubblico e a raccogliere consenso sulle idee espresse.

Anche qualora si volesse ritenere che tale impostazione si distingua dallo stato dell'arte per l'esigenza di una verifica più pregnante della diffusività del contenuto, spingendosi sino all'accertamento della sua effettiva circolazione nella prassi e superando l'equiparazione semplificata tra utilizzo dei *social media* e pericolo di diffusione verso un pubblico ampio, le difficoltà si ripresentano con particolare evidenza in relazione al secondo profilo di pericolo individuato in dottrina, ossia quello di un pericolo indiretto di "diffuso indottrinamento" o di progressivo attecchimento del messaggio ideologico.

Si tratta, infatti, di una tipologia di pericolo che presuppone una valutazione in termini di nesso causale tra la condotta divulgativa e l'effetto di condizionamento del pubblico, valutazione che non può essere sorretta da leggi scientifiche "dure", dotate di un elevato coefficiente di certezza probabilistica, ma soltanto da leggi di esperienza di natura storica, sociologica o politologica. Tali leggi, per loro stessa struttura, appaiono ontologicamente poco attrezzate a fondare un giudizio prognostico sufficientemente determinato e controllabile sul piano penalistico.

Per quanto si neghi che un simile modello richieda al giudice uno sforzo eccessivo di previsione delle connessioni causali tra la diffusione del messaggio e la futura insorgenza di un odio razziale diffuso e produttivo di atti discriminatori o violenti, non è agevole intravedere come questo esito possa essere evitato nella prassi, esito che, peraltro, è probabilmente all'origine dell'approccio giurisprudenziale tendente a evitare la verifica della sussistenza del secondo pericolo, quello della persuasività dei messaggi di superiorità e odio razziale, ritenendolo implicitamente assorbito nella valutazione circa la sussistenza del primo. In tale prospettiva, quanto più il messaggio appare idoneo a circolare, o, in un'ottica di maggior concretizzazione del parametro dell'offensività, quanto più risulta essersi effettivamente diffuso in misura

apprezzabile, tanto più si presume la sussistenza del pericolo di adesione ideologica da parte del pubblico.

Sembra così di ritornare, per effetto di un circolo vizioso, al punto di partenza, ossia ad una ricostruzione del pericolo che, anche nel modello proposto, finisce per assumere i tratti di un pericolo presunto o di rischio, piuttosto che quelli di un pericolo concreto in senso proprio⁶⁹⁵. Si ricadrà così sulla valorizzazione degli indici di cui già la giurisprudenza, con maggiore o minore precisione, approfondimento e rigore logico, si avvale: il numero di follower dell'account da cui il messaggio è diffuso, il numero dei partecipanti a una *chat* di gruppo su cui il messaggio è stato pubblicato o l'eventuale rilancio del post da parte dei *media* tradizionali.

Va peraltro riconosciuto che, in alcune decisioni, la giurisprudenza ha tentato di distinguere il profilo della diffusività da quello della capacità persuasiva del messaggio, valorizzando elementi ulteriori, quali il ruolo pubblico e l'autorevolezza del soggetto agente; deve, però, riconoscersi si tratta di casi piuttosto rari, se si considera che gli esempi offerti dalla prassi giurisprudenziale vedono una decisa preponderanza di episodi in cui i soggetti agenti sono comuni individui, al più dotati di un certo seguito in termini di *followers*, ma non certo parlamentari o *opinion leaders*.

Occorre segnalare, una recentissima sentenza di merito del G.U.P. presso il tribunale di Torino, sempre relativa ad un caso di propaganda razzista realizzata tramite *social*

⁶⁹⁵ Peraltro, sia consentito di manifestare qualche dubbio sulla possibilità stessa di ricostruire in termini di concretezza un pericolo di mera diffusione di un'idea, come la propaganda negazionista. Nonostante la lettera della disposizione, in questo caso, qualifichi espressamente il pericolo come concreto, il referente, l'oggetto stesso del pericolo si trova in uno stato di tale anticipazione rispetto a qualsiasi lesione di un bene giuridico, da far dubitare che, proprio sul piano ontologico, la mera capacità del messaggio di diffondersi, unica circostanza che è richiesto al giudice di verificare, possa qualificarsi in quei termini. Peraltro, come acutamente osservato, leggendo attentamente la norma, si osserva che l'oggetto di tale pericolo non è neppure il bene giuridico che essa tutela, quale che sia, in base all'interpretazione accolta (ordine pubblico, memoria e sentimento di vittime e dei loro discendenti, pari dignità), bensì, appunto, la diffusione. Dunque, lungi da qualsiasi impiego della tecnica del pericolo concreto per attribuire maggiore pregnanza offensiva alla circostanza aggravante, «in base a tale formulazione non occorre neppure che l'asserzione negazionista sia stata diffusa!». V. A. 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. e proc. pen.*, 2016, 1015. Esprimono scetticismo su questo medesimo aspetto A. SPENA, *La parola(-)odio*, cit. 600 e A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., 123.

media, in cui si ravvisa un esempio interessante di apprezzamento degli elementi di contesto finalizzato a testare in modo completo e approfondito il carattere diffusivo e persuasivo delle condotte contestate. Nella motivazione, infatti, oltre ai soliti indici consistenti nell'utilizzo dei social media, nella particolare capacità di diffusione assicurata dal meccanismo di funzionamento dell'algoritmo che li regola e nella natura pubblica e "aperta" degli account degli imputati, si è dato ampio spazio anche alla natura e al tenore dei commenti in risposta ai messaggi pubblicati dagli stessi. Si trattava infatti di «numerosi commenti da parte (dal tenore ugualmente allarmante in quanto evocativi di sentimenti di odio razziale e di ricorso alla violenza) di utenti dei *social network* provocati proprio dagli interventi dell'imputato ed evidenziandosi, dunque, l'idoneità degli stessi a provocare delle reazioni connotate da aggressività e violenza»⁶⁹⁶. Senonché, nella vicenda in esame, agli imputati era stata contestata anche l'ipotesi di cui alla lettera b) del primo comma dell'art. 604 *bis* c.p., ossia l'istigazione al compimento di atti violenti, proprio a sostegno della commissione della quale, il GUP di Torino ha dato risalto al già menzionato elemento. Ciò testimonia ancora una volta la difficoltà di attribuire alla sola propaganda la pregnanza offensiva che caratterizza le condotte istigatorie, in cui la prossimità all'azione, anche qualora essa non venga accolta, consente una maggiore selettività delle condotte punibili, e di riflesso, un equilibrio più agevole con la libertà di manifestazione del pensiero.

La sentenza attribuisce inoltre ai *social media* una funzione centrale nella valutazione del disvalore del fatto, sia ai fini della tipicità sia in sede di commisurazione della pena, valorizzandone la capacità di amplificare e radicalizzare i messaggi di odio. Pur muovendosi entro coordinate interpretative consolidate, questa impostazione solleva interrogativi sul rischio che l'utilizzo dei *social* diventi un fattore automatico di aggravamento della responsabilità, con una conseguente attenuazione delle garanzie proprie del principio di offensività, specie laddove la maggiore diffusività del

⁶⁹⁶ D. ATTANASIO, *Propaganda e istigazione discriminatoria (e negazionista) tramite social media. Considerazioni a partire da una sentenza del Gup del Tribunale di Torino del 2022*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2023, §4.

messaggio dipenda da dinamiche algoritmiche non integralmente controllabili dall'agente⁶⁹⁷.

Nel complesso, la decisione si segnala per l'accurata ricostruzione fattuale e per l'attenzione al contesto digitale. Come evidenzia anche la dottrina che l'ha commentata⁶⁹⁸, è particolarmente apprezzabile la minuta e precisa valutazione di ciascun elemento fattuale e soprattutto l'attribuzione ad essi di implicazioni sul piano della responsabilità penale e della commisurazione della pena che realizzano l'auspicata approfondita analisi del contesto in cui la condotta si colloca per riscontrare la sussistenza degli elementi caratterizzanti la propaganda come una *species* del più vasto *genus* della diffusione, fortemente carente nella giurisprudenza di legittimità analizzata, di cui costituisce un rilevante punto di debolezza.

Quelli sopra illustrati, non costituiscono gli unici profili problematici della giurisprudenza in materia di propaganda negazionista. Si evidenzia, infatti, anche che nelle pronunce in materia emerge un atteggiamento della giurisprudenza volto a

⁶⁹⁷ Si segnala peraltro che non sono mancate pronunce in cui la giurisprudenza ha proposto interpretazioni criticabili dell'utilizzo dello strumento *social network* nel contesto di fattispecie di propaganda razzista, vedasi ad esempio l'integrazione del reato per la sola apposizione di un like ad un post propagandistico. V. Cass. pen., sez. I, 6 dicembre 2021, n. 4534 e, ancora più recentemente, Cass. pen. sez. I, 23 settembre 2025, n.38806 in DeJure. Di quest'ultima si riporta l'emblematica articolata massima: «I post razzisti pubblicati sui social network, anche solo tramite condivisione di post di altre persone, fanno scattare il reato di “Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa”, inserito nel Codice penale nel 2018 con l'articolo 604 bis. Si tratta di condotta penalmente rilevante e per la quale è di difficilissima applicazione la causa di non punibilità per tenuità del fatto. Ciò a causa della capacità del mezzo telematico di poter raggiungere un incontrollabile e quindi potenzialmente elevatissimo numero di individui. Per i contenuti più gravi ispirati da odio razziale, etnico o religioso può essere sufficiente anche l'apposizione di un like su post pubblicati da altri che fanno propaganda o istigazione alla violenza contro alcune classi di individui. Questi gli aspetti più sensibili e a cui porre attenzione nel mondo degli internauti dove la propaganda e l'istigazione alla violenza sono tutt'altro che virtuali o da considerarsi perciò inoffensivi. I giudici di legittimità hanno escluso l'applicabilità della causa di non punibilità per tenuità del fatto, non solo per la genericità del motivo di ricorso presentato sul punto, ma soprattutto per l'alto rischio rappresentato dal mezzo prescelto. È innegabile come la capacità tecnologica dei nuovi mezzi di comunicazione e la loro diffusione tra la popolazione sia di fatto una continua e ingovernabile connessione tra indefinite persone che possono essere raggiunte dai contenuti illeciti e penalmente rilevanti». Sul tema, in generale, v. anche P. CAROLI, *Dei post e delle pene. Considerazioni su eguaglianza, social network e giustizia penale*, in R. ACQUAROLI, E. FRONZA, A. GAMBERINI, a cura di, *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, 2021, 86 ss.

⁶⁹⁸ D. ATTANASIO, *Propaganda e istigazione discriminatoria (e negazionista) tramite social media. Considerazioni a partire da una sentenza del Gup del Tribunale di Torino del 2022*, cit., §5.

riconoscere la responsabilità penale dell'agente non tanto in quanto autore di una condotta oggettivamente razzista e discriminatoria, ma in quanto soggetto portatore di una certa ideologia, dunque, in ultima analisi, per la sua personalità, desunta dall'adesione a gruppi di matrice neofascista, intesi sia come realtà consociative più o meno organizzate, sia come semplici fenomeni di aggregazione virtuale⁶⁹⁹.

5. Discorso d'odio omofobico e nuove declinazioni del negazionismo. Il fu d.d.l. Zan e nuovi disegni di legge in materia di negazionismo.

Il rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e discorso d'odio omofobico riproduce, in forma specifica, gran parte delle criticità già emerse con riferimento ai discorsi d'odio in senso generale.

L'ultima occasione in cui si accese, in Italia, non solo all'interno della dottrina penalistica e tra gli operatori del diritto, ma soprattutto nell'opinione pubblica, il dibattito circa l'opportunità della criminalizzazione dell'*hate speech* omotransfobico, risale al disegno di legge, ormai decaduto con il termine della XVIII legislatura, 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», noto come d.d.l. Zan⁷⁰⁰. Il disegno fu approvato dalla Camera dei Deputati il 4 novembre 2020, ma, successivamente, in Senato, il 27 ottobre 2021, subì una votazione contraria all'esame degli emendamenti, con suo conseguente "affossamento". Esso rappresentava l'ultimo esito di una lunga serie di tentativi

⁶⁹⁹ V. S. PRANDI, *Propaganda razzista e negazionismo: "autori in cerca di reato" in una recente pronuncia della Corte d'Appello di Milano*, in, *Sistema penale*, 2025, §3.2., a commento di Corte d'Appello di Milano, Sez. IV Penale, 19 dicembre 2024, Pres. Rizzardi, est. Centonze.

⁷⁰⁰ Si tratta della AS n. 2005, precedentemente AC n. 107 (approvato in testo unificato con AAC nn. 569, 868, 2171, 2255), reperibile su www.senato.it.

legislativi diretti alla repressione delle condotte omofobiche e transfobiche, tutti rimasti finora privi di esito definitivo.

L'Italia si colloca tuttora tra i pochi Paesi europei privi di una disciplina penale specificamente dedicata alla repressione dell'omofobia e della transfobia⁷⁰¹. Non esistono infatti né autonome fattispecie incriminatrici, né circostanze aggravanti espressamente riferite alla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere⁷⁰². Ciò appare tanto più rilevante alla luce delle sollecitazioni provenienti dal contesto sovranazionale europeo. Si pensi, in particolare, alla direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, diretta a garantire la parità di trattamento sul luogo di lavoro e che annovera espressamente l'orientamento sessuale tra i *grounds of discrimination*; alla Raccomandazione CM/R (2010)5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa; alla Risoluzione del Parlamento europeo del 2011 su "Orientamento sessuale e identità di genere nel quadro delle Nazioni Unite"; nonché alla Direttiva vittime del 2012, che include l'orientamento sessuale tra le caratteristiche personali della vittima⁷⁰³.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha progressivamente esteso ai discorsi d'odio omofobici i principi elaborati con riferimento all'odio razziale, etnico e religioso, affermandone l'equivalenza qualitativa sotto il profilo del disvalore⁷⁰⁴,

⁷⁰¹ AGENZIA FRA, *Hate Speech and Hate Crimes against LGBT Persons*, 10 agosto 2012, 1. Il rapporto, risalente a dieci anni fa ci collocava in un gruppo composto da altri quattro Stati che non punivano alcuna forma di discorso d'odio omofobico, a fronte di tutti gli altri Stati membri in cui o esistono specifiche previsioni normative dedicate alla lotta contro questo fenomeno, o si estende l'applicazione di altre disposizioni in materia di *hate speech* per offrire protezione a tali minoranze.

⁷⁰² L. GOISIS, *Crimini d'odio*, cit., 508. L'Autrice fa notare che riferimenti a questo tipo di discriminazione non siano presenti neppure nella Costituzione, per quanto generalmente, dai fautori di tali discipline normative, esso sia rinvenuto implicitamente nell'articolo 3 della Costituzione, al primo comma, nell'ambito della clausola aperta riferita alle caratteristiche personali e sociali.

⁷⁰³ Dir. 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25.10.2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la DQ 2001/220/GAI; si veda in particolare il considerando n. 26. Si può altresì ricordare la "Tabella di marcia contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere" con la quale, nel 2014, il Parlamento europeo ha rilevato la mancanza, nell'Unione europea, di una politica globale per la tutela dei diritti fondamentali delle persone LGBT, auspicando una cooperazione della Commissione europea, degli Stati membri e delle agenzie competenti per elaborarne una. Per una ricostruzione di queste "sollecitazioni" sovranazionali si veda L' D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. Note a margine del d.d.l. Zan*, in *Legislazione penale*, 2021, 421.

⁷⁰⁴ *Vejdeland et alii c. Svezia*, 9 febbraio 2012, no. 1813/07 § 55.

riconoscendo che forme particolarmente gravi di discriminazione omosessuale possano integrare trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'articolo 3 CEDU⁷⁰⁵, e affermando l'obbligo degli Stati di proteggere gli esponenti della comunità LGBT⁷⁰⁶.

Alla luce di questo quadro, è stato osservato come «l'esclusione delle motivazioni fondate sull'orientamento sessuale o sulla identità di genere appare, oggi, irragionevole, alla luce della disciplina e giurisprudenza sovranazionale, della comparazione giuridica e del contesto sociale»⁷⁰⁷.

Ripercorrendo la storia delle proposte legislative italiane, emergono due distinti modelli di intervento. Un primo orientamento ha perseguito l'estensione della legge Reale-Mancino alle condotte omofobiche e transfobiche. In tale direzione si collocava, ad esempio, la proposta AC 2807 del 2009⁷⁰⁸, che mirava a includere l'omofobia tra le finalità discriminatorie penalmente rilevanti e ad estendere alle stesse la circostanza aggravante di cui all'articolo 3 della legge Mancino. Un secondo modello, invece, ha proposto l'introduzione di autonome circostanze aggravanti per i delitti contro la persona commessi per motivi di omosessualità o transessualità, come nelle proposte unificate AC 2802 e 2807 della XVI legislatura, con inserimento degli articoli 599-*bis* e 615-*quinqüies* c.p.⁷⁰⁹.

Tali proposte furono tuttavia respinte in seguito all'accoglimento, il 26 luglio 2011, di due questioni pregiudiziali di costituzionalità fondate sugli articoli 3 e 25, secondo comma, Cost. Le argomentazioni facevano leva, da un lato, sul rischio di una "discriminazione alla rovescia", e, dall'altro, sulla presunta indeterminatezza della

⁷⁰⁵ *Identoba et alii c. Georgia*, 12 maggio 2015, no. 73235/12, § 65.

⁷⁰⁶ *Identoba et alii c. Georgia*, 12 maggio 2015, no. 73235/12, § 65.

⁷⁰⁷ M. PELISSERO, *Considerazioni sulle proposte di legge nn. 107, 569, 868, 2155, 2255 - Modifiche agli artt. 604-bis e 604-ter c.p. in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere*. Camera dei deputati, Audizione del 18 febbraio 2020 in <https://www.camera.it>

⁷⁰⁸ La Commissione Giustizia della Camera la bocciò nel novembre 2012

⁷⁰⁹ Per una disamina ampia di tutte queste proposte di legge si veda E. DOLCINI, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it., dir., proc. pen.*, 2014, 7 ss, 9.

nozione di orientamento sessuale. A tali censure la dottrina⁷¹⁰ ha opposto, rispettivamente, il principio di eguaglianza sostanziale, che impone trattamenti differenziati per situazioni di particolare vulnerabilità, e la sufficiente determinatezza della nozione, già presente nell'ordinamento e nel diritto dell'Unione europea⁷¹¹.

Un ulteriore tentativo fu rappresentato dal c.d. d.d.l. Scalfarotto⁷¹², che estendeva alle motivazioni omofobiche e transfobiche le fattispecie di istigazione e commissione di atti discriminatori, di violenza, nonché quelle associative. Su tali basi si innesta il d.d.l. Zan, che non presenta differenze strutturali rilevanti rispetto al suo predecessore e si fonda anch'esso sulla tecnica dell'estensione delle fattispecie già previste dall'articolo 604-*bis* c.p.⁷¹³.

Limitando l'analisi alle previsioni penali, dell'ultimo disegno di legge di rilievo, ossia il c.d. d.d.l. Zn, gli articoli 2 e 3 dello stesso estendevano ai motivi fondati su sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità le condotte di istigazione e commissione di atti discriminatori, nonché quelle di istigazione e commissione di atti violenti e le fattispecie associative. Fu, invece, esclusa l'estensione della propaganda di idee, scelta interpretata come volta a limitare l'impatto della riforma sulla libertà di manifestazione del pensiero.

Per prevenire censure di indeterminatezza, l'articolo 1 del d.d.l. introduceva un catalogo di definizioni rilevanti (sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere). L'articolo 4, rubricato "Pluralismo delle idee e libertà delle scelte", conteneva, altresì, una clausola di salvaguardia diretta a garantire le condotte espressive legittime, «purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti».

710 E. DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, 2011, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, 8. cit., 8 e M. PELISSERO, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *GenIUS*, 2015, 19.

711 E. DOLCINI, *Omosessualità*, cit., 9.

712 AS 1052, approvato alla Camera dei deputati il 19 settembre 2013.

713 L' D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. Note a margine del d.d.l. Zan*, cit., 449.

Le principali obiezioni alla riforma si fondarono, oltre che su profili di legalità e libertà di espressione, anche sulla presunta superfluità delle nuove previsioni. Da un lato si richiamava l'aggravante dei motivi abietti e futili prevista all'articolo 61, n. 1, c.p.; dall'altro, la possibilità di sussumere le condotte in reati comuni già esistenti. A tali rilievi si replicò tuttavia che sarebbe stato "contraddittorio" opporsi all'introduzione di una circostanza aggravante specifica per poi recuperare il medesimo disvalore attraverso un'aggravante generica⁷¹⁴. Altri commentatori, pur non rilevando profili specifici di incostituzionalità nel d.d.l. Zan, ricondussero le criticità dell'intervento alle fattispecie su cui esso si sarebbe innestato, ossia agli articoli 604-*bis* e 604-*ter* c.p., già oggetto dei rilievi problematici analizzati⁷¹⁵.

Nella XIX legislatura, apertasi dal novembre del 2022, il quadro delle proposte si è ulteriormente stratificato: l'A.C. 259, proposto ad iniziativa dell'on. Boldrini, mira ad ampliare l'area di tutela degli artt. 604-*bis* e *ter* e ad affiancare misure contro la diffusione online di "manifestazioni d'odio", ma risulta assegnato alle Commissioni riunite II (Giustizia) e IX (Trasporti) senza che l'esame risulti avviato (assegnazione: 12 gennaio 2023)⁷¹⁶. Sempre su iniziativa dell'On. Boldrini, il 13 ottobre 2022 era stato presentato un nuovo disegno di legge, intitolato "Modifiche agli articoli 604-*bis* e 604-*ter* del codice penale e al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della transfobia nonché delle altre discriminazioni riferite all'identità sessuale", con l'evidente intento di riaprire immediatamente l'iter per l'estensione della tutela penale del discorso d'odio interrottososi con il cambio della legislatura; tale disegno, tuttavia, risulta attualmente ritirato⁷¹⁷. È attualmente in attesa di assegnazione, invece, un disegno di legge sulla stessa materia presentato in senato il 6 marzo 2023⁷¹⁸. Diversi sussulti si sono, altresì, registrati in tema di negazionismo sia nella scorsa legislatura

⁷¹⁴ L' D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. Note a margine del d.d.l. Zan*, cit., 449.

⁷¹⁵ C. VISCONTI, *Ancora bigotti? Noterelle anti-penalistiche su libera prostituzione e omofobia*, in *sistemapenale.it*, 2021, 9 s

⁷¹⁶ Senato della Repubblica XIX Legislatura Fascicolo Iter DDL C. 259, *Modifiche agli articoli 604-*bis* e 604-*ter* del codice penale e altre disposizioni per la prevenzione e il contrasto della diffusione di manifestazioni d'odio mediante la rete internet*.

⁷¹⁷ V: *Lavori preparatori dei progetti di legge*, Camera.it.

⁷¹⁸ V. *Disegni di legge*, Senato.it.

che nella presente, aventi ad oggetto i fatti delle foibe. In tema di antisemitismo, risulta attualmente all'esame in Senato un disegno di legge, il n. 1627, recante *Disposizioni per il contrasto all'antisemitismo e per l'adozione della definizione operativa di antisemitismo*, che prevede due interventi in relazione all'art. 604-bis c.p., a cui il disegno aggiungerebbe due ulteriori commi: «il primo prevede che la pena reclusione da due a sei anni (la stessa già prevista dal terzo comma dell'articolo medesimo) si applichi anche quando la propaganda, l'istigazione o l'incitamento si fondano in tutto o in parte sull'ostilità, sull'avversione, sulla denigrazione, sulla discriminazione, sulla lotta o sulla violenza contro gli ebrei, sui loro beni e pertinenze, anche di carattere religioso o culturale, nonché sulla negazione della Shoah o del diritto all'esistenza dello Stato di Israele o sulla sua distruzione. L'ultimo comma prevede un'aggravante: se l'offesa è recata con l'uso, in qualsiasi forma, di segni, simboli, oggetti, immagini, riproduzioni che esprimano, direttamente o indirettamente, pregiudizio, odio, avversione, ostilità, lotta, discriminazione o violenza contro gli ebrei, la negazione della Shoah o la negazione del diritto all'esistenza dello Stato di Israele, la pena è aumentata fino alla metà. Il comma 2 richiama gli istituti della giustizia riparativa, comunque già applicabili.» Come si evince da una prima lettura del testo, si tratta di modifiche indesiderabili, foriere di una terminologia imprecisa e indeterminata, oltre che pleonastica, con riguardo ad esempio alla negazione della Shoah o alla discriminazione, che presenterebbe, almeno nella sua formulazione attuale, consistenti profili di illegittimità costituzionale, stante il rischio di strumentalizzazioni delle norme in chiave limitativa di aree di dibattito attualmente accese nel discorso pubblico e nella critica politica, ambiti che godono e devono godere di particolare protezione da parte dell'art. 21, Cost. Tralasciando quest'ultimo sviluppo, probabile precipitato della contingenza storico-politico che non darà frutti, queste iniziative (pur spesso rimaste allo stadio di assegnazione o di esame in Commissione) mostrano una tendenza costante a espandere l'area dei "motivi" rilevanti per 604-bis/ter (inclusi orientamento/identità sessuale, abilismo), tipizzare nuovi ambiti simbolici (memoria storica; antisemitismo) e traslare progressivamente la disciplina verso la dimensione digitale e la circolazione in rete, con l'effetto di ampliare l'area dei discorsi penalmente

significativi e di rendere più centrale il nodo di proporzionalità rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero.

6. Osservazioni conclusive

È stata ricostruita la normativa antidiscriminatoria italiana, dando conto delle principali questioni che la riguardano e che continuano a collocarsi al centro del dibattito dottrinale. Particolarmente controverse risultano alcune delle condotte incriminate dall'articolo 604-*bis*, in special modo appare certamente condivisibile la preoccupazione espressa in dottrina per la fattispecie di propaganda di idee, prevista dal primo comma, lettera a). Si tratta di una figura storicamente problematica: la Corte costituzionale, con una pronuncia assai controversa, salvò l'ipotesi di propaganda sovversiva, ritenendola «in rapporto diretto ed immediato con un'azione», e per quanto non a livello dell'istigazione diretta, «idonea a determinare [...] reazioni che sono pericolose per la conservazione di quei valori che ogni Stato [...] deve pur garantire»⁷¹⁹. La debolezza di tale impostazione risiede nel fatto che la propaganda non può essere considerata pericolosa se non quando crei un concreto pericolo di passaggio all'azione, circostanza che finisce per ricondurla allo schema dell'istigazione.

La problematicità si acuisce nell'ambito della normativa antidiscriminatoria, poiché l'oggetto della propaganda è costituito da idee che, per quanto ripugnanti, non implicano necessariamente un futuro ricorso alla violenza: «le idee violente sono sempre idee», e la loro punibilità dovrebbe essere subordinata al pericolo concreto di un passaggio ai fatti⁷²⁰. Non a caso era stato accolto con favore il mancato ampliamento della fattispecie di propaganda da parte del c.d. *d.d.l. Zan*, che estendeva, invece, solo le condotte di istigazione alla discriminazione e alla violenza. Questa

⁷¹⁹ C. Cost, 22 giugno 1966, sentenza n.87.

⁷²⁰ R. BARTOLI, Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan, ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604-*bis*, c.p. in Sistema penale, 2022.

scelta, infatti, era stata ritenuta coerente con il principio secondo cui la libertà di manifestazione del pensiero non è assoluta, ma soggetta a bilanciamento, superando la soglia della liceità quando l'espressione presenti «la concreta idoneità [...] a ingenerare o rafforzare nel destinatario il proposito di porre in essere condotte offensive dell'altrui dignità», «*quid pluris* che[...]trasforma l'opinione in istigazione, legittimando il ricorso alla repressione penale nel rispetto dell'art. 21 Cost»⁷²¹.

Per quanto riguarda la definizione dei c.d. atti discriminatori, alcuni autori hanno riproposto, anche in occasione del dibattito sul *d.d.l. Zan*, preoccupazioni circa l'indeterminatezza del termine discriminazione. Sebbene esistano molteplici fonti, a livello internazionale e interno, utilizzabili per ricostruirne il significato, tali riferimenti non sono stati ritenuti da tutti risolutivi, soprattutto nei casi in cui gli atti di per sé leciti assumono rilevanza penale esclusivamente in ragione del movente discriminatorio. Una concezione eccessivamente ampia del concetto rischierebbe infatti di attrarre nella sfera penale anche fatti bagatellari⁷²². In questo senso non appare dirimente neppure l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «ogni atto di rifiuto può costituire discriminazione, ma ciò che qualifica penalmente il rifiuto è [...] la significazione razziale sottesa»⁷²³.

In realtà, deve ritenersi che il legislatore abbia inteso riferirsi a quegli atti che, in quanto espressivi di uno dei motivi elencati, assumono una connotazione lesiva della pari dignità del soggetto discriminato per una caratteristica personale costitutiva della propria identità. A fini chiarificatori, sarebbe comunque auspicabile l'introduzione di una definizione legislativa espressa di discriminazione nell'ambito dei delitti contro l'eguaglianza, sul modello degli articoli 225-1, 225-1-1 e 225-1-2 del *code pénal* francese.

⁷²¹ F. ROSSO, *D.d.l. Zan: un'analisi ragionata delle modifiche alla normativa penale vigente*, in *Diritto di difesa*, 2021, 12.

⁷²² G. DODARO, *La problematica criminalizzazione degli "atti di discriminazione" non violenti nei delitti contro l'eguaglianza. Una riflessione a partire dal d.d.l. Zan e altri in materia di misure di prevenzione e contrasto delle discriminazioni omo-transfobiche*, in *L'omo-transfobia diventa reato: la Camera dà il via libera*, in www.giustiziainsieme.it, 20 s.

⁷²³ Cass. pen., Sez., 11 ottobre 2006, no. .37733 in *Dejure*.

Nella disciplina dei delitti contro l'eguaglianza emerge un ruolo centrale del movente, poiché è proprio quest'ultimo a conferire rilevanza penale ad atti altrimenti leciti. Ciò comporta il rischio di uno slittamento del baricentro dell'illecito dal disvalore dell'evento al disvalore della mera intenzione (*Intentionsunwert*)⁷²⁴. Tuttavia, con specifico riferimento agli articoli 604-bis e 604-ter, si deve accogliere la posizione secondo cui non considerare il motivo significherebbe trascurare la reale matrice criminogenetica del fatto, con conseguente indebolimento della risposta sanzionatoria⁷²⁵.

Traendo le file, l'impressione di chi scrive è quella di trovarsi di fronte ad una vera e propria rassegna di problemi e criticità, che restituisce l'immagine di una disciplina-rompicapo in cui pare impossibile trovare una quadra, un punto di equilibrio, rimanendo così condannati, a dibattersi costantemente tra i due fuochi dei diritti individuali e fondamentali dei singoli alla pari dignità e delle garanzie per i consociati rappresentate dai principi costituzionali in materia penale.

L'epilogo scoraggiante di tale disamina, dunque, sembra essere l'approdo ad una secca alternativa tra l'accettazione dello *status quo*, ossia un fare buon viso a cattivo gioco, rinunciando al pieno rispetto di alcune garanzie penalistiche quale scotto da pagare per ottenere una società non avvelenata dalle esalazioni prodotte dalle condotte in esame, oppure ricorrere alla prospettiva riformatrice o abrogatrice dell'impianto legislativo dei delitti contro l'eguaglianza, sempre inteso in senso lato, espungendo dall'ordinamento le fattispecie meno maneggevoli quali la propaganda e le manifestazioni razziste.

Ciò che si tenterà di fare nel capitolo finale del presente elaborato sarà proporre una terza via, un'alternativa, immaginata traendo spunto dalle lezioni apprese nel secondo capitolo in relazione al ruolo che la tipologia di pena può svolgere nel contesto di un generale giudizio di proporzionalità sulle scelte di incriminazione. Ciò allo scopo di

⁷²⁴ P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino 2000, 160.

⁷²⁵ L. D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. Note a margine del d.d.l. Zan*, in *Legislazione Penale*, 2022, 436.

capire se sia possibile individuare una pena tale da rendere proporzionata anche la scelta di ricorrere allo strumento penalistico di fronte a condotte di questa natura.

Capitolo III

E SE LA RISPOSTA FOSSE NEL *QUOMODO* DELLA PUNIZIONE? LA TIPOLOGIA DELLA PENA COME VARIABILE DECISIVA NEL GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ DELLE SCELTE DI INCRIMINAZIONE: ALLA RICERCA DI UNA PENA PROPORZIONATA PER I DISCORSI D'ODIO.

SOMMARIO: 1. La tipologia della pena come variabile decisiva nel giudizio di proporzionalità delle scelte di incriminazione: esportabilità al discorso d'odio del paradigma convenzionale in materia di diffamazione a mezzo stampa? – 2. Un riepilogo delle principali criticità rilevate dalla dottrina in relazione alle fattispecie di propaganda razzista e di istigazione alla discriminazione. – 3. Le possibili vie d'uscita da una situazione di stallo. Un'alternativa secca e ineludibile tra accettazione dello *status quo* e abrogazione? – 3.1. Le strategie per la conservazione dell'assetto attuale: pari dignità e pericolo concreto. – 3.2. Interessanti prospettive di recenti proposte di riforma delle fattispecie più controverse del diritto penale antidiscriminatorio (rinvio). – 4. I nodi problematici dell'opzione abrogatrice. – 4.1. L'art. 604 *bis* c.p. e gli obblighi internazionali di tutela penale: riflessioni mutuata dal recente arresto della Corte costituzionale in materia di abuso d'ufficio. – 4.2. Le evidenze tratte dall'analisi comparatistica delle discipline penalistiche dell'*hate speech* e l'intensità offensiva di alcune condotte colte dalla prassi giurisprudenziale. – 5. Alla ricerca di una terza via. Sulle tracce di una tipologia di pena proporzionata. – 6. Giustizia riparativa e discorsi d'odio: pro e contro del ricorso al paradigma riparativo nel *framework* tracciato dal d.lgs. n 150/2022. – 6.1. Un breve excursus in tema di giustizia riparativa: radici storiche e questione definitoria. – 6.2. Giustizia riparativa applicata agli *hate crimes*: osservazioni e rilievi critici nella letteratura anglosassone e nella dottrina italiana. – 6.3. Negazionismo e illecito *online*: le più recenti proposte di ricorso alla giustizia riparativa in relazione (anche) al discorso d'odio. – 7. Un primo bilancio. L'innesto della giustizia riparativa nel procedimento penale in relazione a propaganda e istigazione alla discriminazione è sufficiente a rendere proporzionata la risposta

penale? – 8. Tentativo di costruire una pena proporzionata *de iure condendo* per le fattispecie di *hate speech*.

1. La tipologia della pena come variabile decisiva nel giudizio di proporzionalità delle scelte di incriminazione: esportabilità al discorso d'odio del paradigma convenzionale e costituzionale in materia di diffamazione a mezzo stampa?

Come già ricostruito nel Capitolo I, la proporzionalità opera nel diritto penale contemporaneo non soltanto come criterio di misurazione *retrospettiva* della pena rispetto al disvalore del fatto, ma anche, e in modo non meno rilevante, come parametro *prospettivo* di razionalità delle scelte di incriminazione. Ciò significa che il giudizio sulla legittimità complessiva di una fattispecie penale non può essere ridotto alla sola selezione del precetto e dell'area del penalmente rilevante, bensì deve estendersi al tipo di risposta sanzionatoria che l'ordinamento predispone quale conseguenza della violazione.

In questa prospettiva, la pena non rappresenta un elemento meramente accessorio e successivo, ma entra a pieno titolo nel contenuto materiale della scelta legislativa di criminalizzazione: la previsione di una determinata cornice edittale, e ancor più di una determinata qualità di pena, condiziona il peso costituzionale dell'incriminazione, poiché determina il grado di compressione dei diritti fondamentali e l'intensità dello stigma penale. Ne discende una conseguenza metodologica che, nel settore dei reati di opinione, diviene particolarmente evidente. Anche quando la tutela penale di un bene giuridico appare in astratto giustificata, la scelta della pena può rendere la disciplina complessivamente sproporzionata, trasformando un'opzione punitiva astrattamente sostenibile in una misura eccedente rispetto allo scopo di tutela.

Questa dinamica si manifesta con speciale intensità nei reati consistenti in condotte espressive, nei quali l'interferenza del diritto penale si misura direttamente con la libertà di manifestazione del pensiero e, più in generale, con la qualità del discorso pubblico in uno Stato costituzionale.

La minaccia o l'applicazione della pena detentiva, infatti, non produce soltanto l'afflizione tipica della privazione della libertà, ma tende a generare un effetto di deterrenza *diffusa* sulla comunicazione, con conseguenze che eccedono la dimensione

individuale del caso concreto; l'esistenza stessa del rischio detentivo può alterare l'ecosistema della critica e dell'informazione, incentivando forme di autocensura e riducendo l'ampiezza del confronto pubblico. È in tale cornice che il tipo di pena diviene una variabile decisiva non solo in chiave di proporzionalità in concreto che si manifesta in sede di commisurazione della pena nel caso concreto, bensì in chiave di assetto complessivo della tutela.

Su questo punto, l'esperienza della diffamazione a mezzo stampa può essere utilmente richiamata come paradigma, senza necessità di ripercorrere l'intero itinerario giurisprudenziale già trattato precedentemente. È sufficiente ricordare come la Corte costituzionale, nel recepire gli standard convenzionali in materia, abbia individuato nella previsione detentiva un elemento idoneo a compromettere l'equilibrio tra tutela della reputazione e libertà di espressione, rendendo il trattamento sanzionatorio complessivamente incompatibile con un giudizio di proporzionalità.

La Corte ha mostrato che, in questa tipologia di reato, nel quale la condotta tipizzata consiste effettivamente nell'esercizio di un diritto sancito nella Carta fondamentale occorre verificare se l'apparato sanzionatorio impiegato sia necessario e non eccedente rispetto agli scopi di tutela, considerando il particolare rischio che il carcere produce sul piano del *chilling effect* in rapporto all'attività giornalistica. In questo senso, tanto l'arresto giurisprudenziale della Corte nella sentenza n. 150 del 2021, quanto, in modo ancora più rilevante la giurisprudenza della Corte europea che ne ha costituito l'evidente *blueprint*, dimostrano che l'eventuale sproporzione può annidarsi non nella scelta di punire in sé, bensì nella scelta di adottare la detenzione come risposta ordinaria, imponendo al legislatore e all'interprete un lavoro di calibratura più fine.

Nello stesso tempo, la ricostruzione compiuta in sede convenzionale e costituzionale ha reso chiaro che la pena detentiva è pensabile, per questi reati, solo entro un perimetro di eccezionalità, collegato a ipotesi in cui l'espressione travalica la fisiologia del conflitto comunicativo e si trasforma in una forma di aggressione ai diritti fondamentali altrui o in un vero e proprio incitamento alla violenza e alla discriminazione. Anche questo profilo, già in precedenza sviluppato, merita qui un

richiamo mirato; la giurisprudenza non espelle “in assoluto” la pena detentiva dall’area della diffamazione a mezzo stampa, ma la tratta come una risposta straordinaria, da confinare a casi di particolare gravità, proprio perché la reclusione è suscettibile di comprimere in modo intenso e non sempre necessario la libertà di espressione.

Ciò che si tenterà di fare ora è di applicare le riflessioni svolte in relazione al principio di proporzionalità delle scelte di incriminazione, e più specificamente del ruolo svolto all’interno di esso dalla tipologia della pena, compiute nel primo capitolo del presente elaborato e qui brevemente riassunte, alla complessa quanto controversa disciplina sui discorsi d’odio.

2. Un riepilogo delle principali criticità rilevate dalla dottrina in relazione alle fattispecie di propaganda razzista e di istigazione alla discriminazione.

L’ampia disamina, sia della disciplina nazionale che di quelle di ordinamenti a noi contigui, delle fattispecie incriminatrici dell’*hate speech* ha rivelato due punti fermi.

Se da una parte, il ricorso al diritto penale, e specificamente alla pena detentiva, per affrontare questi fenomeni sembra essere prevalente, dall’altra in tutti gli ordinamenti sottoposti ad esame, tali fattispecie sono oggetto di forti critiche da parte della dottrina, che si concentrano sui profili della difficoltà di individuazione di un bene giuridico sufficientemente circoscritto, preciso e determinato destinatario della tutela e alla correlata problematica delle tecniche di anticipazione di tutela adottate, spesso rivelatesi eccessivamente anticipatorie, al punto da punire condotte espressive ancora ben lontane da episodi di violenza o comportamenti discriminatori, peraltro esistenti solo nella forma di conseguenze ipotetiche e probabili.

Sia qui consentito riepilogare brevemente le principali critiche mosse dalla dottrina italiana a tale disciplina⁷²⁶. Nella riflessione penalistica nostrana, le fattispecie oggi confluite negli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. sono state oggetto di rilievi critici ricorrenti, soprattutto con riguardo alla propaganda razzista e all'istigazione al compimento di atti di discriminazione. In primo luogo, si segnala la problematicità strutturale della propaganda di idee (art. 604-*bis*, co. 1, lett. a), considerata figura storicamente sospetta perché collocata sul crinale tra punizione di condotte realmente pericolose e rischio di incriminare il mero dissenso ideologico; la propaganda, infatti, potrebbe dirsi penalmente giustificabile, pena l'eccessiva compressione della libertà sancita dall'art. 21 Cost., solo ove sia effettivamente idonea a determinare un concreto pericolo di passaggio all'azione, finendo ,però, in questo modo per sovrapporsi o ridursi allo schema dell'istigazione e

Non meno critica è stata la dottrina con riguardo all'incriminazione del discorso negazionista, rispetto alla quale, già in prospettiva *de lege ferenda*, prima dell'introduzione dell'attuale previsione al terzo comma dell'art. 604-*bis* c.p., sono stati evidenziati molteplici profili di frizione con i principi di un diritto penale liberaldemocratico.

In particolare, tale disciplina è stata descritta come dubbia sotto il profilo della materialità e carente sul piano dell'offensività, perché collocata in una fase eccessivamente arretrata rispetto a qualsiasi evento lesivo apprezzabile, con il rischio di tradursi in un puro reato d'opinione e in una forma di diritto penale simbolico orientato a colpire le persone e le loro ideologie più che i fatti.

In parallelo, si è sottolineata la difficoltà di individuare un bene giuridico tangibile ed empiricamente verificabile, a fronte della tendenza a evocare categorie come memoria, verità storica, dignità delle vittime o ordine pubblico; soprattutto, la tutela della memoria è stata criticata nella misura in cui rischia di trasformarsi nell'imposizione di una c.d. verità di Stato, con la conseguente ipostatizzazione penalmente garantita del

⁷²⁶ Per un'analisi più dettagliata di tali argomenti con i relativi riferimenti bibliografici, v. Cap. III, Sez. terza.

consenso su fatti storici intangibili, da cui possibili ricadute sulla libertà di ricerca storiografica e l'effetto paradossale di amplificare, tramite il processo penale, la visibilità dei negazionisti.

Tali critiche non si sono esaurite dopo l'intervento del legislatore del 2016 (e il successivo ampliamento del 2017), che ha introdotto la forma circostanziata della propaganda, istigazione ed incitamento fondati sulla negazione (nonché minimizzazione grave e apologia) della Shoah, o dei crimini di genocidio, di guerra e contro l'umanità come definiti nello statuto della Corte penale internazionale. Al contrario, è stato osservato che, nella prassi, il comma terzo tende a sganciarsi dalla fattispecie base razzista, valorizzando la negazione della Shoah in quanto tale legata al concreto pericolo di sua diffusione con un effetto di autonomizzazione sistematicamente problematico per una previsione formalmente circostanziale e bilanciabile, che finisce così per estendere l'area del penalmente rilevante oltre la sua *ratio* di contrasto al discorso discriminatorio. Inoltre, la verifica dell'idoneità offensiva risulta spesso condotta senza accertamenti puntuali sull'effettiva diffusione e persuasività dei contenuti, ad esempio nei contesti digitali, alimentando il rischio di imputazioni fondate su indici poco controllabili e, in ultima istanza, su un giudizio di pericolosità presunto o ondivago.

Proprio sul terreno dell'offensività, la dottrina discute se tali delitti debbano essere letti come reati di pericolo astratto o di pericolo concreto; tuttavia, anche le ricostruzioni salvifiche in chiave di pericolo concreto incontrano obiezioni rilevanti, perché l'accertamento della concreta esposizione a pericolo sarebbe spesso sfuggente o aleatorio quando il bene protetto ha natura normativo-ideale (dignità, partecipazione democratica) o ampiezza indeterminata (ordine e pace pubblici), con l'ulteriore aggravante che il giudizio di idoneità finisce per poggiare su catene inferenziali ipotetiche e su valutazioni di "causalità psichica" difficilmente controllabili⁷²⁷

⁷²⁷ A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, cit., 379.

Accanto a ciò, emergono critiche di tassatività e determinatezza; in particolare, l'istigazione al compimento di atti discriminatori⁷²⁸ risente della persistente incertezza del concetto di discriminazione, con il rischio che atti di per sé leciti assumano rilevanza penale esclusivamente in ragione del movente e che una nozione troppo ampia attragga fatti bagatellari, da qui la proposta, avvertita come auspicabile, di una definizione legislativa più chiara. Sullo sfondo, infine, la dottrina registra che l'impianto complessivo dei delitti contro l'uguaglianza tende ad attribuire un peso centrale ai motivi (e dunque anche all'art. 604-ter), con il pericolo di uno slittamento dal disvalore dell'offesa al disvalore dell'intenzione, e che l'insieme di tali criticità (offensività evanescente, giudizi prognostici incerti, lessico normativamente carico e poco tangibile) contribuisce a spiegare l'andamento non sempre coerente della prassi applicativa in materia antidiscriminatoria.

3. Le possibili vie di uscita da una situazione di stallo. Un'alternativa secca e ineludibile tra accettazione dello *status quo* e abrogazione?

Alla luce di un tale quadro, il dibattito penalistico sembra ipotizzare due distinte vie per liberarsi da quella che pare configurarsi come una vera e propria situazione di stallo.

3.1. Le strategie per la conservazione dell'assetto attuale: pari dignità e pericolo concreto.

La prima potrebbe essere provocatoriamente descritta come una accettazione dello *status quo*. Più precisamente sembra essere la via scelta da coloro che ritengono che, in realtà, gran parte delle criticità precedentemente illustrate siano superabili attraverso

⁷²⁸ art. 604-bis, co. 1, lett. a), c.p.

una ricostruzione in termini di pericolo concreto delle fattispecie più problematiche, come la propaganda razzista, e che la collocazione dell'impianto antidiscriminatorio penale della legge Reale-Mancino in una sezione dedicata rubricata delitti contro l'uguaglianza abbia in realtà contribuito in maniera determinante a fugare i dubbi sulla ricostruzione del bene giuridico⁷²⁹.

Occorre, inoltre, riconoscere che la stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, pur non pronunciandosi, com'è noto, in termini generali ed astratti sulla compatibilità di un intero assetto normativo con la Convenzione europea, ha ripetutamente "salvato", ossia riconosciuto la proporzionalità nella forma di necessità di una società democratica della repressione penale, anche attraverso il ricorso alla pena detentiva, di condotte afferenti al fenomeno dell'*hate speech* nelle sue svariate declinazioni, adottando un approccio singolarmente intransigente nei confronti del discorso negazionista dell'Olocausto e, recentemente, del discorso d'odio omofobico.

La stessa considerazione può essere svolta alla luce della sentenza n. 150 del 2021 della Corte costituzionale italiana, già precedentemente analizzata, laddove nell'enucleare i casi eccezionali « tali da giustificare l'inflizione di sanzioni detentive » seppure nel contesto di condotte espressive, indica i discorsi d'odio, rifacendosi espressamente alla posizione dei giudici di Strasburgo, oltre che, in chiave, stavolta, innovativa, le « campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social 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 »⁷³⁰.

⁷²⁹ L. GOISIS, *Crimini d'odio*, Discriminazioni e giustizia penale, Napoli, 2019, 214 ss; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale tra 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, 141

⁷³⁰ Corte cost. n. 150 del 2021, §6.2 (Diritto).

3.2. Interessanti prospettive di recenti proposte di riforma delle fattispecie più controverse del diritto penale antidiscriminatorio (rinvio)

La seconda soluzione, invece, potrebbe essere definita genericamente abrogatrice o riformatrice in un'ottica *de lege ferenda* e raccoglie le posizioni di chi propone, invece, una profonda ristrutturazione della disciplina; possono essere ricondotte a tale soluzione le proposte di chi da anni è fautore di una generale opera di depenalizzazione della categoria dei reati di opinione in senso lato⁷³¹, e di chi, dedicandosi specificamente all'ambito della pubblica istigazione e dei discorsi d'odio, suggerisce l'abrogazione di ogni forma di istigazione indiretta, riferendosi alle diverse figure di propaganda e apologia disseminate nella legislazione penale, in favore della circoscrizione dell'ambito del penalmente rilevante alla sola categoria dell'istigazione diretta, intesa primariamente come invito all'azione violenta, da intendersi come violenza fisica alla persona e, in seconda battuta, come invito al compimento di atti discriminatori, previo chiarimento del concetto stesso di discriminazione e della determinazione di un elenco di atti tassativamente individuati. Sempre secondo la medesima condivisibile impostazione, tali fattispecie dovrebbero essere ricostruite alla stregua di reato di pericolo astratto, per evitare di ancorare la responsabilità penale a valutazioni arbitrarie e non verificabili dal singolo giudice⁷³², così di fatto precludendo ai consociati la possibilità di un immediato discernimento delle condotte espressive vietate da quelle consentite e, dunque, alimentando fenomeni dissuasivi, il c.d. *chilling effect*.

⁷³¹ Ex multis, C.FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1965.

⁷³² A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di Internet*, Milano, 2020, 416 ss. Per un'analisi più dettagliata dei rilievi circa la debole offensività di queste fattispecie, nonché le critiche rivolte alle proposte di ricostruzione delle stesse come reati di pericolo concreto svolti dall'Autrice, sia consentito il rinvio al Cap. III, Sez. III, §§ 3.3 e 3.4 del presente elaborato. Si segnala inoltre che le considerazioni che verranno sviluppare nel prosieguo traggono spunto da alcune osservazioni svolte dall'autrice in merito ai profili sanzionatori del discorso d'odio, tra cui la necessaria differenziazione di trattamento tra istigazione alla violenza e istigazione al compimento di atti di discriminazione, nonché l'invito all'utilizzo di pene alternative o, prima ancora, a istituti processuali dal contenuto riparativo.

4. I nodi problematici dell'opzione abrogatrice.

Benché quest'ultima prospettazione appaia particolarmente convincente e ben ponderata, le caratteristiche peculiari del fenomeno dei discorsi d'odio induce ad una riflessione ulteriore. In particolare, sono tre i principali nodi problematici di una opzione abrogatrice, con particolare riferimento alla fattispecie di propaganda di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale.

4.1. L'art. 604 *bis* c.p. e gli obblighi internazionali di tutela penale: riflessioni mutuete dal recente arresto della Corte costituzionale in materia di abuso d'ufficio.

Un primo nodo problematico dell'opzione abrogativa riguarda la genesi delle incriminazioni oggi collocate negli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p., introdotte anche in funzione di attuazione di impegni internazionali e sovranazionali. Si ricorda infatti che la legge n. 654 del 13 ottobre 1975, nota come legge Reale costituì la ratifica della convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, altresì nota come Convenzione di New York del 1966. Tale dato non può essere neutralizzato con un semplice richiamo alla sovranità punitiva dello Stato, né, d'altra parte, può essere assunto come argomento "dirimente" in senso inverso, quasi che la fonte internazionale trasformi automaticamente una scelta politico-criminale in un contenuto costituzionalmente necessitato e per ciò stesso irrevocabile. Si tratta della tematica degli obblighi internazionali di criminalizzazione, argomento complesso e dai contorni incerti, peraltro recentemente oggetto di attenzione da parte della Corte costituzionale, che nella sentenza del 7 maggio 2025, n. 95, ha dovuto valutare la legittimità costituzionale della l. 9 agosto 2024, n. 114, in particolare in relazione al disposto dell'art. 1, recante l'abrogazione del delitto di abuso d'ufficio, precedentemente previsto dall'art. 323 c.p., tra gli altri, alla luce del parametro

interposto dell'art. 117, primo comma della Costituzione, secondo cui, com'è noto, la potestà legislativa è esercitata anche nel rispetto degli obblighi internazionali.

La sentenza aveva ad oggetto un aspetto particolarmente delicato, trovandosi per la prima volta, come evidenziato anche dalle argomentazioni svolte dalle parti costitutesi e riprese dalla motivazione, a confrontarsi in modo diretto con la prospettiva di una declaratoria di incostituzionalità con effetti in *malam partem*, in quanto, ove le questioni di costituzionalità fossero state accolte, l'effetto sarebbe stato una reviviscenza di una norma penale abrogata.

Sul punto, la Corte ha affermato di ritenere ammissibili questioni di illegittimità costituzionali fondate sulla violazione di obblighi internazionali pattizi, equiparati dallo stesso art. 117 agli obblighi discendenti dal diritto eurounitario, sia che esse producano effetti in *bonam partem*, che in *malam partem*, facendo rientrare queste ultime tra i casi eccezionali rispetto alla generale preclusione di declaratorie con effetti peggiorativi⁷³³.

A ciò, secondo la Corte non osterebbe il principio di legalità in materia penale espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost., in quanto, pur trattandosi di un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale e potenzialmente idoneo a operare quale "controlimite" rispetto alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., esso viene in rilievo soprattutto quando da fonti esterne o dalla loro interpretazione pretenda di discendere direttamente un aggravamento della responsabilità penale individuale.

Un simile contrasto, però, non si determinerebbe allorché una norma dell'Unione o, più direttamente, una norma di diritto internazionale pattizio si limiti a imporre un obbligo di criminalizzazione, vincolando il legislatore nazionale a introdurre o mantenere una fattispecie incriminatrice per una determinata tipologia di condotta: in questa ipotesi, infatti, la responsabilità penale del singolo non discenderebbe dall'obbligo internazionale in sé, bensì unicamente dalla legge nazionale che dia

⁷³³ Corte cost., n. 95 del 2025, §5.1.4, 5.3.1. Diritto

attuazione a tale vincolo, una volta effettivamente introdotta nell'ordinamento dal Parlamento.

Correlativamente, qualora la Corte dovesse dichiarare costituzionalmente illegittima una legge abrogativa di una disciplina penale conforme a obblighi unionali o internazionali di criminalizzazione, ritenendo che l'abrogazione contrasti con l'art. 117, primo comma, Cost., l'effetto della pronuncia sarebbe circoscritto al ripristino della vigenza della legge nazionale illegittimamente rimossa, senza che ciò comporti uno svuotamento né della riserva di legge né del divieto di applicazione retroattiva della legge penale, entrambi corollari del principio di legalità.

Né, prosegue la Corte, potrebbe ritenersi compromessa la ratio "democratica" della riserva di legge in materia penale, poiché gli obblighi di criminalizzazione contenuti nei trattati internazionali sono liberamente accettati dallo stesso Parlamento attraverso la legge di autorizzazione alla ratifica, che può anche orientare l'azione del Governo mediante riserve o dichiarazioni nei limiti consentiti dal diritto internazionale; sicché, autorizzando la ratifica, il legislatore assume consapevolmente impegni giuridicamente vincolanti anche in merito all'*an* e al *quomodo* della criminalizzazione o della non criminalizzazione di determinate condotte, assoggettando la successiva produzione normativa al rispetto di tali obblighi ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.

Non è dunque configurabile una tirannia degli obblighi internazionali né una espropriazione della riserva di legge, dal momento che, pur vincolato dopo la ratifica, lo Stato conserva la possibilità di discostarsi in seguito dagli impegni assunti secondo le modalità previste dal diritto internazionale, promuovendo un emendamento al trattato o denunciandolo, anche grazie all'intervento del Parlamento nell'esercizio della sua funzione di indirizzo e controllo; e, con specifico riguardo alla Convenzione di Mérida, la Corte sottolinea come la ratifica sia avvenuta senza riserve e con contestuale ordine di piena esecuzione, in esito a un dibattito parlamentare che ha inciso sul quadro normativo interno proprio per conformarlo agli obblighi

convenzionali, i quali devono pertanto ritenersi vincolanti per il legislatore ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.

Svolta questa ricostruzione generale sul tema, la Corte ha respinto la questione in esame, pure ammessa, sulla base del fatto che la Convenzione di Mérida invocata nelle ordinanze di rimessione, se correttamente interpretata anche alla luce dei criteri dettati dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati non contenesse alcun obbligo per gli Stati parte di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio o di mantenimento della disposizione penale, qualora già introdotta nell'ordinamento secondo il principio del c.d. *stand still*.

Questa argomentazione, alla luce, soprattutto, delle considerazioni precedentemente svolte dalla corte sulla sindacabilità della violazione degli obblighi internazionali anche con effetti in *peius*, offre lo spunto per un confronto tra la Convenzione di Mérida e la Convenzione di New York.

Come detto, infatti, nel caso dell'abuso d'ufficio, la Corte costituzionale ha valorizzato il modo in cui la Convenzione di Mérida formula l'obbligo: non già come dovere di introdurre necessariamente un reato, bensì come obbligo, per così dire, procedurale di valutazione, espresso nella clausola *shall consider adopting*. È, per sua natura, un vincolo attenuato, che non impone un risultato in termini di criminalizzazione e che, di conseguenza, difficilmente può sostenere l'idea di un divieto di abrogazione o di un obbligo di conservazione della tutela penale. Il legislatore, in questa logica, conserva uno spazio ampio, perché l'obiettivo convenzionale non coincide con la fissazione di un singolo strumento repressivo, ma con l'adozione di strategie efficaci, tra le quali la penalizzazione è soltanto una possibile opzione.

La Convenzione ONU del 1966 contro tutte le forme di discriminazione razziale, invece, presenta un'impostazione differente. Qui l'obbligo è formulato in termini più stringenti e, almeno sul piano letterale, più vicini a un vero e proprio obbligo positivo di incriminazione; l'art. 4, primo paragrafo, lettera a) richiede espressamente agli Stati di dichiarare reato (*Shall declare an offence punishable by law [...]*), tra l'altro, la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, nonché l'incitamento

alla discriminazione razziale. È una formulazione che, rispetto al *consider adopting* di Mérida, appare dotata di una densità precettiva maggiore. E questo rende, per forza di cose, più oneroso sostenere che l'abrogazione delle incriminazioni antidiscriminatorie sia del tutto irrilevante sul piano degli impegni assunti⁷³⁴.

Tuttavia, non sembra possibile affermare che il presente spunto costituisca un argomento definitivo per concludere nel senso dell'intangibilità della attuale disciplina penale dei discorsi d'odio, né si intende farlo.

Ciò in quanto, anche alla luce della presente pronuncia, sembra potersi affermare che l'esistenza di un obbligo positivo forte non implichi automaticamente l'irrevocabilità dell'incriminazione così come concretamente conformata dal legislatore nazionale. L'obbligo internazionale può imporre un minimo di tutela penale, ma non predeterminare rigidamente la tecnica di incriminazione, l'ampiezza del tipo, la struttura dell'elemento soggettivo, il perimetro di tipicità, né tanto meno la qualità e la misura della pena. Né, soprattutto, elimina i controlimiti, con riferimento a valutazione interna di offensività, determinatezza e proporzionalità, ossia contro quei principi che

⁷³⁴ Un'altra distinzione rilevante tra i due casi, che, nell'evenienza di una ipotetica questione di legittimità costituzionale in relazione ad un atto legislativo abrogativo delle fattispecie prettamente espressive contenute dall'art. 604-bis, c.p., risiede nel fatto che la Convenzione di New York persegue l'obiettivo dell'eliminazione della discriminazione razziale in ogni sua forma, dunque si colloca nella categoria del diritto internazionale umanitario, al contrario della Convenzione di Mérida che, seppur relativa a condotte il cui impatto negativo è ampiamente noto, esula da tali ambito. L'ulteriore spunto relativo alla rilevanza di tale distinzione nel contesto di una valutazione di legittimità costituzionale si può trarre da una riflessione di E. MAZZANTI, *Oltre l'abuso d'ufficio: obblighi internazionali d'incriminazione e sindacato di costituzionalità*, in *Diritto Penale e Processo*, 2025, 1295-1296, v. anche nota 78. il quale in sede di commento della sentenza n. 90 del 2025, criticava l'indiscriminata *reductio ad unum* di una categoria estremamente variegata come quelli degli obblighi internazionali di criminalizzazione. L'Autore proponeva allora una necessaria distinzione, con conseguente attribuzione di diversa pregnanza, tra gli obblighi «che riguardino manifestazioni di autentico annichilimento delle prerogative basilari dell'individuo ovvero fenomeni pur astrattamente rispetto ai quali la prospettiva incriminatrice assume, però, contorni ragionevolmente più elastici», fondata, tra gli altri, su criteri quali la rilevanza dei valori lesi dal fenomeno criminoso oggetto dell'obbligo di incriminazione, che si porrebbe in coerenza con la «netta preferenza tradizionalmente manifestata dalla Corte verso la materia dei diritti umani». Peraltro, più in generale sulla complessa relazione tra diritti e diritto penale, nel contesto della quale i primi svolgono sempre più spesso il ruolo di driver dell'espansione del diritto penale, v. E. MAZZANTI, *Il problema degli obblighi convenzionali di tutela penale. Gli effetti espansivi della penalità derivanti dalla protezione dei diritti umani*, Torino, 2025, *passim*, per una sintesi, 272 ss; M. PINTO, *Rights-driven Global Penalty*, in F. MAZZACUVA, M. ODRIUZOLA GURRUTXAGA, N. RECCHIA, A. SANTANGELO (eds.), *Criminal Justice in the Prism of Human Rights, X AIDP International Symposium for Young Penalists*, Maklu, 2023, 23 ss.

contribuiscono a definire l'identità costituzionale del diritto penale o sterilizza i criteri che delimitano la meritevolezza e la necessità di pena.

Tutti fattori da tenere ben presenti in un ipotetico sindacato circa la legittimità costituzionale della scelta abrogatrice o della prospettazione *de iure condendo* proposta da autorevole dottrina poc'anzi menzionata, a cui si aggiunge il rango di diritto fondamentale della libertà di espressione sancita dall'art. 21 della Cost., e riconosciuto dalla stessa convenzione di New York all'art. 5, il cui tenore letterale e impatto sistematico non pare da sottovalutare.

In conclusione, ne deriva che l'opzione abrogativa, in astratto, non è preclusa, essa resta praticabile, ma richiederebbe probabilmente una compensazione in termini di politiche alternative di prevenzione e contrasto.

4.2. Le evidenze tratte dall'analisi comparatistica delle discipline penalistiche dell'*hate speech* e l'intensità offensiva di alcune condotte còlte dalla prassi giurisprudenziale.

Gli ulteriori due argomenti che sembrano opporsi o comunque, ostare ad una completa adesione della c.d. prima via come sopra descritti, risultano meno articolati ma non per questo irrilevanti.

Il primo di essi è una considerazione che si trae dall'analisi comparatistica svolta nel capitolo precedente.

Tale prospettiva, infatti, ha consentito di cogliere un dato che, pur non avendo valore giustificativo in senso stretto, pare difficilmente eludibile. Numerosi ordinamenti europei mantengono, con varianti più o meno ampie, fattispecie che colpiscono la propaganda e l'istigazione all'odio o alla discriminazione, talora mediante soluzioni altrettanto invasive sul terreno della libertà di espressione.

Questa convergenza, ovviamente, non prova la bontà intrinseca di ciascun modello, né vale a sterilizzare le obiezioni fondate su offensività e determinatezza che la dottrina, anche in quegli ordinamenti, ha sollevato. Tuttavia, essa segnala l'esistenza di un'esigenza di protezione che, nel contesto politico-criminale europeo, tende a essere percepita come non eludibile, ossia quella della salvaguardia dell'eguaglianza e della dignità, intesa come condizione minima di partecipazione alla vita sociale e democratica, specie quando la comunicazione discriminatoria divenga capace di sedimentarsi nello spazio pubblico e di produrre effetti di esclusione. In questa cornice, il dato comparativo assume la funzione di un indicatore; mostra che la domanda di tutela non è episodica, né riducibile a una contingenza nazionale, ma si colloca in un contesto comune, nel quale la dimensione transfrontaliera dei discorsi, amplificata dagli ambienti digitali, rende sempre meno persuasiva una lettura puramente domestica del fenomeno⁷³⁵.

Infine, un terzo nodo problematico sembra potersi trarre dalla casistica giurisprudenziale che mette dubbio l'idea di una soluzione puramente abrogativa proprio sul piano più materiale della tutela. Vi sono condotte che, pur non presentando un rapporto immediato con l'istigazione diretta alla violenza in senso stretto, esprimono una carica aggressiva e disumanizzante di elevata intensità.

Emblematiche, in questo senso, sono le espressioni alla base della sentenza del del GUP presso il Tribunale di Torino del 2022 già menzionata, relativa alla diffusione via *social network* di frasi e immagini gravemente denigratorie, tra cui il commento «ogni

⁷³⁵ La stessa evoluzione del quadro dell'Unione europea è, del resto, significativa. Negli ultimi anni si è rafforzata l'idea di una progressiva europeizzazione delle politiche di contrasto, fino al punto che le istituzioni hanno esplicitamente discusso l'inclusione di *hate speech* (incitamento all'odio) e *hate crimes* tra i reati previsti dall'art. 83, par. 1, TFUE, secondo il meccanismo che consente, in presenza di sviluppi della criminalità e di un bisogno speciale di contrasto comune, di estendere l'elenco delle aree di criminalità particolarmente gravi. In questo solco si colloca la comunicazione della Commissione del dicembre 2021 e, in continuità, la posizione del Parlamento europeo, che ha sollecitato il Consiglio a procedere nella direzione dell'estensione dell'elenco, proprio per rendere possibile un intervento di armonizzazione minimo in materia. V. Commissione europea, *Un'Europa più inclusiva e protettiva: estendere l'elenco dei reati riconosciuti dall'Ue all'incitamento all'odio e ai reati generati dall'odio*, COM(2021)777. Sul punto anche *Servizio studi del Senato, Note su atti dell'Unione europea*, n. 103, 2022.

tanto una buona notizia» lasciato sotto al video tratto dal sito di un giornale, dal titolo “*Venezia, profugo si lancia dal Canal Grande e muore*” e l’espressione «ma che bestie so’??» a corredo della pubblicazione dell’immagine di una famiglia indiana con figli affetti da disabilità, nonché ulteriori esternazioni razziste⁷³⁶. In scenari del genere, l’elemento decisivo non è soltanto l’asprezza lessicale. È il significato sociale del messaggio, che opera come pratica di degradazione dell’altro e di esclusione simbolica nello spazio pubblico, soprattutto quando la comunicazione si colloca in ambienti digitali capaci di amplificare la portata dell’offesa e di sedimentarla come linguaggio normalizzato.

Proprio a questo punto emerge la difficoltà di una strategia radicalmente abrogativa; alcune condotte rischierebbero di rimanere fuori dall’area penalmente rilevante, e ciò non perché difetti in assoluto un contenuto di disvalore, ma perché il disvalore non si traduce facilmente in un pericolo immediatamente quantificabile secondo gli schemi classici. Eppure, il danno sociale è concreto, poiché incide sul bene della pari dignità, più precisamente, sul diritto di ciascuno al riconoscimento della propria umanità nelle relazioni sociali in cui si esplica la personalità.

In questa prospettiva, ferma restando la constatazione che il diritto penale, in ossequio ai principi di frammentarietà ed *extrema ratio*, non possa farsi carico di ogni manifestazione di intolleranza, casi come quello torinese mostrano come l’espunzione dall’ordinamento di figure quali la propaganda razzista, rischi di produrre una zona franca proprio là dove la comunicazione discriminatoria, pur non essendo immediatamente e direttamente pericolosa nel senso di attigua alla violenza e ad atti discriminatori, secondo le cadenze del *Brandenburg test* della Corte Suprema degli Stati Uniti, contribuisce a creare condizioni culturali e relazionali favorevoli alla marginalizzazione, alla disuguaglianza e, nei contesti deteriori, alla futura *escalation* offensiva.

⁷³⁶ Trib. Torino, sez. gip, 14 luglio 2022 (dep. 12 ottobre 2022), n. 1365 con commento di D. ATTANASIO, *Propaganda e istigazione discriminatoria (e negazionista) tramite social media. Considerazioni a partire da una sentenza del Gup del Tribunale di Torino del 2022*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2023, 134-147, in particolare per le condotte espressive riportate nel testo v. nota 36.

5. Alla ricerca di una terza via. Sulle tracce di una tipologia di pena proporzionata.

Così illustrati i dubbi e le perplessità che paiono a chi scrive porsi anche in relazione alla via abrogativo-riformatrice, occorre a questo punto chiedersi se non esista una terza via per prospettare una soluzione a tale nodo gordiano del contrasto ai discorsi d'odio e della tutela efficace della pari dignità. È a questo punto che, come anticipato, si ritiene possa rivelarsi fruttuosa l'applicazione in questo specifico ambito delle indicazioni tratte dalla disamina del principio di proporzionalità delle scelte di incriminazione, così come ricostruito in dottrina e applicato dalla giurisprudenza costituzionale e delle Corti dei diritti.

Infatti, se è vero che la qualità della pena incide sulla proporzionalità dell'incriminazione, allora la discussione intorno alle fattispecie che criminalizzano i discorsi d'odio potrebbe non doversi impostare unicamente nei termini di alternativa secca tra mantenimento della norma e sua abrogazione. Il punto non è soltanto stabilire se punire, ma come punire e cioè se la tipologia di risposta sanzionatoria adottata sia congrua rispetto alla struttura dell'offesa e adeguata all'interferenza da essa prodotta rispetto all'insieme dei diritti fondamentali coinvolti.

In altri termini, la proporzionalità delle scelte di incriminazione richiede di considerare la pena non come un accessorio del precetto, ma come un elemento strutturale della tutela. Una fattispecie che appaia dubbia per ragioni di offensività o determinatezza può divenire ancor più problematica quando venga associata alla pena detentiva come risposta ordinaria; in tali ipotesi, infatti, la tensione con i principi costituzionali non deriva soltanto dall'anticipazione della tutela o dall'ampiezza del tipo, ma anche dall'eccesso qualitativo della reazione punitiva. Viceversa, una rimodulazione del trattamento sanzionatorio potrebbe salvare la tutela penale, rendendola meno invasiva e più coerente con il bene giuridico in gioco.

Spostando l'analisi su questo piano, occorre allora domandarsi quale tipologia di pena potrebbe ritenersi proporzionata in senso stretto a fattispecie come la propaganda razzista e l'istigazione al compimento di atti di discriminazione.

La risposta a questa domanda potrebbe essere utilmente ricercata nell'ambito di paradigmi oggetto di interesse da decenni crescente da parte della dottrina italiana e internazionale, a fronte di un generale sentimento di disillusione rispetto alle tradizionali teorie giustificative della pena, come quelli della giustizia riparativa e della pena prescrittiva.

6. Giustizia riparativa e discorsi d'odio: pro e contro del ricorso al paradigma riparativo nel *framework* tracciato dal d.Lgs n 150/2022.

6.1. Un breve excursus in tema di giustizia riparativa: radici storiche e questione definitoria.

Prima di tentare di rispondere all'interrogativo circa l'opportunità di un ricorso alla giustizia riparativa nell'ambito in esame e di esplorare le modalità con cui ciò potrebbe avvenire nell'ordinamento italiano, a seguito delle importanti riforme che lo hanno attraversato proprio di recente con riferimento a tale paradigma, è necessario fornire alcuni cenni generali, sia pure necessariamente stringati e sintetici sulla giustizia riparativa come fenomeno.

Non è facile individuare delle ricostruzioni univoche e condivise in tema di giustizia riparativa, sia che si tratti di descriverne le origini e l'evoluzione storica, sia che si tenti una definizione dei concetti chiave che ricorrono nelle svariate descrizioni di tale paradigma.

Si tratta di un modello di giustizia dotato di connotati differenti rispetto al sistema penale c.d. tradizionale e retributivo, la cui storia ha radici antichissime. Soffermandosi, appunto, sulla storia antica della giustizia riparativa si registra già una prima contrapposizione nella letteratura che si è occupata del tema, tra chi ritiene che agli albori della civiltà umana il modello riparativo fosse maggioritario e prevalente

nella risoluzione dei conflitti e chi invece sostiene che fosse prevalente il paradigma della vendetta e delle faide tra gruppi familiari, progressivamente soppiantato da un sistema di giustizia penale di stampo retributivo, affermatosi contestualmente e grazie all'emersione progressiva di una autorità statale accentrata⁷³⁷.

Secondo una parte della letteratura, infatti, la giustizia riparativa accompagnerebbe le comunità umane sin dalle loro origini e, nelle società c.d. acefale, prive di forme di accentramento del potere, avrebbe spesso rappresentato la risposta privilegiata alle violazioni delle norme. Più che colpire l'autore, l'obiettivo sarebbe stato ricomporre rapidamente il conflitto e ristabilire la pace sociale mediante restituzione o compensazione a favore della vittima e del suo gruppo familiare, secondo logiche diverse dalla punizione in senso vendicativo o retributivo. In contesti più egualitari, caratterizzati da un accesso relativamente uniforme alle risorse e da comunità di piccole dimensioni, verrebbero meno sia le premesse per una forte espansione dei conflitti legati alla proprietà sia la tendenza a stigmatizzare stabilmente i membri devianti, poiché ciascun individuo risulta funzionale alla vita del gruppo; la devianza, spesso interpretata come responsabilità collettiva e indice di un problema comunitario, mobiliterebbe i membri verso una soluzione rapida, frequentemente tramite restituzioni fondate su legami di parentela e orientate anche a prevenire la faida. Il baricentro resterebbe tuttavia la vittima, perché la restituzione mirerebbe primariamente alla sua soddisfazione e non potrebbe essere letta come un meccanismo concepito soprattutto nell'interesse dell'offensore⁷³⁸.

Su questa base, la stessa impostazione tende a presentare il diritto penale moderno e le risposte prevalentemente retributive come sviluppi relativamente recenti, ritenuti complessivamente insoddisfacenti. Al contrario, i meccanismi riparativi rintracciabili nelle società acefale e nelle prime forme statuali sono indicati come un'alternativa più promettente per affrontare i problemi generati dal crimine nelle società

⁷³⁷ Dà conto di questa contrapposizione, scegliendo peraltro una interpretazione intermedia tra i due estremi che saranno brevemente illustrati a seguire, L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Willam Publishing, 2008, 11s.

⁷³⁸ E. G.M. WEITEKAMP, *The History of Restorative Justice*, in T. Gavrielides (ed.), *Restorative Justice. Ideals and Realities*, London, Routledge, 2015, 75 ss

contemporanee. Non a caso, alcune delle risposte considerate più efficaci vengono ricondotte a paradigmi riparativi, come le *family group conferences* sviluppate in Nuova Zelanda e altre pratiche di composizione del conflitto in contesti indigeni, valorizzate per la loro tradizione e per la capacità di guarire le relazioni attraverso il coinvolgimento della famiglia allargata, del gruppo sociale e della comunità⁷³⁹.

Vi è invece chi critica tali impostazioni come ricostruzioni romantiche, costituenti una sorta di mitologia fondativa della giustizia riparativa. Molte ricostruzioni storiche della giustizia riparativa, diffuse in chiave riformatrice, funzionerebbero come un racconto delle origini. Si sostiene che la riparazione sia stata per secoli la risposta dominante al crimine, mentre la giustizia punitiva moderna sarebbe una deviazione recente e meno legittima.

Questa operazione non sarebbe neutra, perché servirebbe a contrapporre una giustizia tradizionale buona a una modernità cattiva, invocando in modo selettivo un passato premoderno spesso romanticizzato per giustificare pratiche attuali. In tal senso, la storiografia riparativa assumerebbe i tratti di una narrativa che mira a riappropriarsi di un modello originario presuntamente soppiantato dall'accentramento statale e dalla retribuzione.

In ragione di ciò, la tesi di chi muove tale critica è che la giustizia riparativa non dovrebbe affidare la propria forza argomentativa a pretese storiche assolute, ma ridimensionarle e fondare la propria legittimazione su basi meno controverse, come l'evidenza empirica e le ragioni normative a sostegno dei suoi programmi⁷⁴⁰.

Il modello riparativo per come è oggi inteso nella letteratura scientifica internazionale è stato riscoperto a partire dagli anni Settanta del secolo scorso in Canada e negli Stati Uniti d'America. Tradizionalmente, in letteratura, si individua un particolare episodio considerato il momento chiave per l'avvio del capitolo attualmente in corso nella storia

⁷³⁹ *Ibidem*, 97.

⁷⁴⁰ D. SYLVESTER, *Myth in restorative justice history*, in *Utah Law Review*, 2003, *passim*, in particolare, 510 ss.

della *restorative justice*⁷⁴¹. Si tratta del c.d. *Kitchener experiment*⁷⁴²; due giovani autori di una serie di episodi di vandalismo furono messi, su impulso dei *probation officers* Mark Yantzi e Dean E. Peachey, in incontro diretto con le vittime per ascoltare l'impatto dei fatti da essi compiuti e formulare scuse. In quei colloqui si arrivò a intese concrete di riparazione, in cui gli autori si impegnarono a risarcire e restituire quanto dovuto a ciascuna vittima. L'esito positivo di questa esperienza divenne il modello del primo *Victim-Offender Reconciliation Program* (VORP), poi diffusosi in tutto il Nord America e giunto in Europa, dove è noto con l'espressione di mediazione reo-vittima⁷⁴³. Da lì, attraverso una serie di articoli e contributi dei più influenti autori nella letteratura sociologica e criminologica ha avuto inizio il cammino del modello riparativo, con la sua progressione penetrazione in documenti sovranazionali di *soft law*, poi atti normativi vincolanti, e, infine, in diversi ordinamenti nazionali, tra cui il nostro.

Come anticipato, anche sul piano definitorio, è stata più volte ribadita la difficoltà di fornire una nozione precisa, univoca e definitiva di cosa si debba intendere per giustizia riparativa, al punto che da più voci in dottrina, è stato sottolineato come, data la natura di *work in progress* di tale definizione, sia più facile e fruttuoso ricorrere ad una definizione negativa, che chiarisce cosa non debba includersi nel concetto in esame, piuttosto che sforzarsi di fornirne una definizione positiva⁷⁴⁴.

La vaghezza del concetto e la sua polisemia derivano anche dal fatto che, in realtà, il paradigma della *restorative justice* non è affatto circoscritto al solo ambito penalistico,

⁷⁴¹ F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, Torino, 2025, 2 ss. L'Autore chiarisce come, in realtà, il valore di antecedente storico della moderna giustizia riparativa, sia in realtà da ridimensionare o comunque assumere con raziocinio. Ciò, in quanto, la sua notorietà, la sua rappresentazione come esperimento zero della giustizia riparativa, è verosimilmente legata all'esistenza in quel periodo storico di un intenso dibattito culturale e teorico [...] sull'individuazione di alternative alla sanzione penale in senso stretto», ritenuta afflitta da una grave crisi, tale da renderla una risposta insufficiente ed inadeguata ai fatti criminosi, crisi non reversibile attraverso proposte quali «la valorizzazione della proporzionalità della pena, l'ideale riabilitativo del condannato, la compensazione della vittima».

⁷⁴² Il nome deriva dalla cittadina in Ontario, Canada, in cui si svolsero i fatti.

⁷⁴³ *Ibidem*.

⁷⁴⁴ G. MANNOZZI, *Definizioni, principi generali, obiettivi e ambito di applicazione della giustizia riparativa*, in G. L. GATTA, M. GIALUZ, dir., *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, IV, A. Ceretti, G. Mannozi, C. Mazzucato, a cura di, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, Torino, 2024, 61-62.

proponendosi come risoluzione di conflitto nei contesti più disparati, dai provvedimenti disciplinari contro studenti in ambito scolastico o sui luoghi di lavoro alla giustizia di transizione nei teatri dei più gravi crimini internazionali, dai genocidi, ai crimini di guerra e contro l'umanità⁷⁴⁵. A ciò si aggiunga che, anche limitando l'attenzione sul solo campo penalistico, sono svariati i modi in cui la giustizia riparativa può interagire con esso, ponendosi come alternativa, che a sua volta può essere radicale come nelle prospettazioni degli abolizionisti, oppure fondata su una concezione di giustizia riparativa quale sistema di *diversion* rispetto al processo penale, oppure come percorso che si affianchi ad esso, o meglio, si innesti all'interno di essi, come nel caso della disciplina attualmente in vigore in Italia⁷⁴⁶.

Sebbene ciò abbia portato alcuni autori ad un certo disincanto sulla effettiva riuscita di tale impresa definitoria, concludendo che «*restorative justice means all things to all people*»⁷⁴⁷, le definizioni c.d. positive, nel senso appena illustrato, abbondano e presentano determinati profili in comune, pur emergendo spesso l'una in funzione critica dell'altra; un esempio di tale genesi conflittuale è offerto dalle definizioni particolarmente celebri proposte da Tony Marshall che identifica la giustizia riparativa come un «*process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future*»⁷⁴⁸, e da Lode Walgrave, secondo cui essa consiste in un «*option for doing justice after the occurrence of an offence that is primarily oriented towards repairing the individual, relational and social harm caused by that offence*»⁷⁴⁹.

⁷⁴⁵ G. JOHNSTONE, D. W. VAN NESS, *The meaning of restorative justice*, in ID. *Handbook of Restorative Justice*, London, 2013, 6.

⁷⁴⁶ F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit. 6 ss,

⁷⁴⁷ D. ROCHE, *The evolving definition of Restorative Justice*, in *Contemporary Justice Review*, 2001, 4, 342. Peraltro, l'Autore non manca di sottolineare l'importanza di uno sforzo continuo per individuare una definizione il più possibile condivisa, ritenendolo auspicabile per una serie di motivi, tra i quali, con una efficace metafora «*in the same way that counterfeit goods may tarnish the good reputation of a manufacturers brand label, programs that are called restorative when they are not can tarnish the concept*». *Ivi*, 343.

⁷⁴⁸ T. MARSHALL, *Restorative Justice. An Overview. A report by the Home Office Research Development and Statistics Directorate*, London, 1999, 5.

⁷⁴⁹ L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, cit. 21, L'Autore critica, tra le altre, la definizione di Marshall in quanto non specifica che l'esito delle pratiche deve necessariamente avere natura riparativa e in quanto esclude dal novero della *restorative justice* tutte le pratiche in cui non vi sia un incontro e un dialogo diretto tra autore e vittima, laddove Walgrave ritiene

Nella confusione generata da tale proliferazione definitoria, offre un saldo punto di riferimento l'art. 42 del d.Lgs n. 150 del 2022⁷⁵⁰, che ha introdotto com'è noto nel nostro ordinamento una disciplina organica della giustizia riparativa, segnando, a detta dei commentatori più attenti, «una svolta epocale, foriera di effetti trasformativi sul pianeta giustizia»⁷⁵¹ rispondendo ad «un'esigenza di sistemazione generale» del settore. Tale articolo definisce la giustizia riparativa come: «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore».

Del resto questa definizione trova delle consonanze importanti anche rispetto a quelle fornite dalla dottrina italiana sia antecedenti che successive alla riforma, laddove si affermava che la giustizia riparativa costituisce un «un paradigma basato sulla collaborazione attiva tra i tre soggetti individuati (vittima, reo, comunità): costituisce un'opportunità, per la vittima, per ottenere una riparazione, recuperare un senso di sicurezza e poter andare avanti; per il reo, per comprendere le cause e gli effetti dei propri comportamenti e assumersi le proprie responsabilità; per la comunità, per prevenire la commissione di reati, indagarne le cause ultime e promuovere il benessere e il senso di sicurezza collettivo»⁷⁵²; e, ancora che essa è «ontologicamente *altro* dalla giustizia penale: è relazionale, dialogica, trasformativa, incentrata sul riconoscimento e la cura dei bisogni delle vittime e, più in generale, delle parti in conflitto, agisce in

invece che facciano parte dell'insieme di tali pratiche anche i *victim support and community services*, in cui tale comunicazione può essere estremamente limitata o assente.

⁷⁵⁰ Il D.Lgs. n. 150 del 2022 ha dato attuazione alla legge delega n. 134 del 2021 per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari; un ulteriore decreto apportante correzioni al primo è il D. Lgs. N. 31 del 2024.

⁷⁵¹ G. MANNOZZI, *Definizioni, principi generali, obiettivi e ambito di applicazione della giustizia riparativa*, cit., 6.

⁷⁵² E. MILITELLO, *Giustizia riparativa, conflitti sociali e "hate incidents"*. Come la *restorative justice* può contribuire a diminuire i crimini d'odio, in *Cass. pen.*, 2019, 1695. Anche S. PAOLETTI, *Giustizia riparativa: uno strumento per la tutela sostanziale della vittima*, in *Cass. pen.*, 2017, 1733 ss. Nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Torino, 2023, *Addenda Riforma Cartabia. Diritto penale sostanziale e giustizia riparativa*, §6.

un'ottica di riparazione e di ricostituzione dei legami interindividuali e sociali, lavora su dinamiche fiduciali»⁷⁵³.

6.2. Giustizia riparativa applicata agli *hate crimes*: osservazioni e rilievi critici nella letteratura anglosassone e nella dottrina italiana.

Tracciato questo breve quadro storico e definitorio del paradigma *restorative justice*, si constata che già nella letteratura anglosassone, si rinvencono opinioni favorevoli al ricorso ad esso proprio con riguardo agli *hate crimes*⁷⁵⁴, sebbene tale filone di ricerca sia ancora in una fase iniziale, registrandosi i primi studi intorno ai primi anni del nuovo millennio⁷⁵⁵.

Le principali argomentazioni a favore presentano carattere prevalentemente criminologico. Esse guardano alle particolari caratteristiche del danno cagionato dai discorsi d'odio, ossia, per utilizzare un linguaggio più strettamente penalistico e proprio della tradizionale italiana, le forme della lesione del bene giuridico protetto. Infatti, la specificità dell'offesa prodotta dai reati di odio, come già visto, consiste nella produzione di un triplice danno, alla vittima diretta, cagionandole uno stato di

⁷⁵³ G. MANNOZZI, *Riforma Cartabia: profili di diritto sostanziale - Gli effetti trasformativi della disciplina organica in materia di giustizia riparativa*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, 956.

⁷⁵⁴ M. WALTERS, C. HOYLE, *Healing harms and engendering tolerance: the promise of restorative justice for hate speech*, in 683: «We are fairly confident that RJ has the potential to heal victims and communities and believe that it can challenge prejudices held about minority communities if, and only if, it is facilitated well». Pur riconoscendosi, in questa stessa letteratura, l'utilità e i vantaggi apportati dalle *hate crimes laws*, v. N. HALL, *Law enforcement and hate crime: theoretical perspectives on the complexities of policing "hatred"*, in, 452. «Although their creation has been, and remains, a contentious issue, in essence the rationale behind hate crime laws are fairly commonsensical [...]. Where provisions exist, the potential for the increased punishment of the offender signifies an appreciation of the apparent disproportionate harm that hate crime can have on the victim and wider communities, and provides a deterrent to potential offenders by clearly stating that hate crimes will not be tolerated and that firm action will be taken against those that perpetrate them. Hate crime laws also promote social cohesion by officially declaring that the victimisation of 'different' groups is not acceptable, and the very existence of law arguably provides a symbolic message designed to force social change in relation to prejudiced attitudes and behaviours».

⁷⁵⁵ M. WALTERS, C. HOYLE, *Healing harms and engendering tolerance: the promise of restorative justice for hate speech*, in 670 «Yet within the 'hate debate' there has been little attention paid to the potential efficacy of restorative justice»

umiliazione, paura, depressione, perdita di autostima e senso di isolamento⁷⁵⁶, al gruppo di appartenenza, destinatario di un messaggio intimidatorio, da cui può derivare un accresciuto senso di insicurezza⁷⁵⁷, e alla comunità nel complesso, colpita da una degradazione dello spazio pubblico ed un avvelenamento dei rapporti sociali⁷⁵⁸.

Proprio in considerazione della natura e della qualità dell'offesa cagionata alla vittima e alla comunità di appartenenza dai crimini d'odio in generale, e dunque anche dai discorsi d'odio, si ritiene che il paradigma della giustizia riparativa, in virtù delle sue caratteristiche dialogiche e del suo essere improntato al raggiungimento di una riparazione non solo materiale, secondo modelli già noti di risarcimento del danno, ma anche e soprattutto simbolica, di ricucitura delle lacerazioni nelle relazioni sociali prodotte dal fatto illecito, possa essere molto più efficace del sistema penale retributivo tradizionale, nel dare risposta ai bisogni delle vittime⁷⁵⁹.

Tra i benefici specifici riconosciuti al modello in esame rispetto alla categoria dei discorsi d'odio si enumerano, dal punto di vista dell'autore della condotta «la promozione dell'empatia, e della reciproca comprensione», la possibilità che «dalla reciproca conoscenza [possa] scaturire un aumento del grado di accettazione e del rispetto per le differenze culturali», oltre che, attraverso la narrazione del fatto, l'assunzione di responsabilità per le conseguenze nocive da esso derivanti; dall'ottica

⁷⁵⁶ Per una panoramica dei danni cagionati dagli *hate crimes* e soprattutto per la tesi, frequente nella letteratura criminologica in materia secondo cui tali danni siano più gravi e di maggiore intensità rispetto a quelli provocati da delitti analoghi ma non motivati da sentimenti di odio, v. P. IGANSKI, *Hate crime and the City*, Policy Press, 2008, 6 ss, 20 ss, 73 ss, 80: «Statistically significant higher proportions of victims in incidents that were believed to be racially motivated, compared with other crimes, reported feelings of shock, fear, depression, anxiety and panic attacks, feelings of loss of confidence, and feeling vulnerable [...]»

⁷⁵⁷ Sui molteplici effetti del discorso razzista, che non si esauriscono esclusivamente in quelli prodotti a danno del destinatario diretto, che, lo si ribadisce, in alcune fattispecie, tra cui le più “nevralgiche” tra quelle previste all’art. 604-bis c.p., v. G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. Dir.*, 2009, 290: «Oltre a prendere di mira individui determinati, il discorso razzista diventa dunque un modo per conservare e ribadire un rapporto di gerarchia tra gruppi sociali».

⁷⁵⁸ Tale triplice dimensione del danno cagionato dall’*hate speech* è riconosciuta anche in strumenti sovranazionali di *soft law*, quale la Raccomandazione CM/Rec (2022) 16, 20 maggio 2022, v. Preambolo: «Constatando che il discorso d’odio colpisce persone, gruppi e società in molteplici modi e con diversi livelli di gravità, in particolare suscitando paura e provocando un senso di umiliazione nelle vittime e scoraggiando la partecipazione al dibattito pubblico, con effetti deleteri sulla democrazia».

⁷⁵⁹ M. WALTERS, C. HOYLE, *Healing harms and engendering tolerance: the promise of restorative justice for hate speech*, cit., 679 ss

della vittima, una risposta più adeguata alla sofferenza cagionata dal danno, attraverso la possibilità di poter raccontare e di vedersi riconosciuto il proprio vissuto⁷⁶⁰.

Non meno rilevante è la possibilità offerta dalle diverse pratiche riparative di consentire il coinvolgimento della comunità, particolarmente rilevante sia perché, anche quando la condotta espressiva ha come destinatario un singolo individuo, gli studi criminologici in materia sostengono l'esistenza di ricadute negative su tutto il gruppo di appartenenza, sia in quanto tale caratteristica peculiare del paradigma lo rende adeguato anche alle ipotesi di reati senza vittima o con vittima aspecifica come, appunto, la propaganda razzista.

In generale, inoltre, la giustizia riparativa consentirebbe di disinnescare in partenza la virulenza di tali episodi, affrontando episodi di minore gravità per evitare che possano sfociare in un crescendo di violenza nei confronti di un'intera *minority community*⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ E. MILITELLO, *Giustizia riparativa, conflitti sociali e "hate incidents". Come la restorative justice può contribuire a diminuire i crimini d'odio*, cit., 1702-1703.

Sia il riconoscimento che il raccontarsi, il c.d. *storytelling* costituiscono concetti chiave caratterizzanti tutte le pratiche di giustizia riparativa e fortemente intrecciati. Nella dottrina più avvertita in materia è affermato che: «se l'ascolto è vettore di riconoscimento, allora lo *storytelling*, che è narrazione da ascoltare, è un elemento talmente essenziale dei percorsi di giustizia riparativa da poter essere identificato [...] con la natura intrinseca della *restorative justice*». V. G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*², Torino, 2025, 197. Ciò ha trovato pieno riscontro nella disciplina organica della giustizia riparativa che identifica il riconoscimento come elemento caratterizzante l'esito riparatorio (art. 42, comma 1.6) e come obiettivo generale dei programmi riparativi (art. 43, comma 2). *Ivi*, 204.

⁷⁶¹ T. GAVRIELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the discrepancy*, RJ4All, 2020, 137. È interessante osservare come la dottrina inglese che si è recentemente occupata della risposta ai crimini d'odio anche attraverso il paradigma della *restorative justice* registra che nel sistema penale di Inghilterra e Galles, l'enfasi sulle *hate crime laws* fondate sull'inasprimento sanzionatorio ha finito per comprimere lo spazio per strumenti alternativi come la *restorative justice*, orientata alla riparazione del danno tramite processi dialogici tra i soggetti coinvolti. Pur essendosi diffusa in varie fasi del procedimento e nonostante il riconoscimento, anche nelle fonti di *policy*, del diritto delle vittime a essere informate circa la possibilità di parteciparvi, la RJ risulta di fatto proattivamente limitata nei casi di crimine d'odio, per la resistenza di attori istituzionali, come dimostrano l'esclusione prevista nelle linee guida del *Crown Prosecution Service* rispetto all'applicazione dell'istituto riparativo della *conditional cautions ai crimini d'odio*, le perplessità espresse sul tema in sede parlamentare nel *Justice Committee's report on Restorative Justice* nonché l'omissione del tema nel piano governativo contro gli *hate crimes*. Tale chiusura è ritenuta significativa perché le evidenze disponibili indicano che la RJ potrebbe contribuire ad affrontare cause e conseguenze di odio e ostilità e, inoltre, perché a fronte di migliaia di casi perseguiti con successo permane un ampio "justice gap", determinato anche da rinunce delle vittime ai canali ordinari, dal timore di vittimizzazione secondaria e dalla sfiducia nella correttezza dell'azione di polizia; di qui la necessità, per valutarne un impiego più esteso, di considerare in particolare le percezioni delle comunità minoritarie, spesso segnate da esperienze storiche di vittimizzazione mirata e da una ridotta fiducia nelle istituzioni statali. V. M. WALTERS, J. PATERSON, R. BROWN, *Enhancing*

Non manca, in tale letteratura, anche un' esplorazione dei possibili svantaggi del ricorso a tale paradigma, ricondotti tendenzialmente alla possibilità che il pregiudizio dell'autore possa indurlo a rifiutare qualsiasi forma di dialogo con la vittima e/o la comunità colpita, oppure ad intraprendere percorsi riparative a scopi puramente utilitaristici⁷⁶², ovvero che le sperequazioni e i *power imbalances* che caratterizzano le relazioni tra gruppi minoritari e la maggioranza, possano tradursi nella sottoposizione della vittima ad un processo di seconda vittimizzazione, tracciando un parallelismo con i medesimi rischi ravvisati in relazione all'applicazione di tale paradigma in relazione ai casi di violenza di genere⁷⁶³, rischio evitabile o minimizzabile soltanto attraverso il potenziamento della formazione della figura del *facilitator*, da arricchire di competenze specifiche in materia di conflitti *identity-based*⁷⁶⁴.

6.3. Negazionismo e illecito *online*: le più recenti proposte di ricorso alla giustizia riparativa in relazione (anche) al discorso d'odio.

Anche nella dottrina italiana non sono mancate proposte relative al perseguimento di tale via rispetto al discorso d'odio o in ambiti contigui, come quello del contenuto illecito *online*.

In relazione allo specifico caso del discorso d'odio negazionista, nell'ottica di una prospettiva favorevole alla protezione, anche attraverso lo strumento penalistico di beni quali la memoria storica intesa come eredità morale di un intero popolo vittima di una immane tragedia, e che ritiene «il ricorso alla sanzione penale [...]»

Punishment or Repairing harms? Perceptions of Sentencing Hate Crime amongst Members of a commonly targeted Victim Group, in, *British J. Criminology*, 2021, 61-62, 80.

⁷⁶² E. MILITELLO, *Giustizia riparativa, conflitti sociali e "hate incidents"*. *Come la restorative justice può contribuire a diminuire i crimini d'odio*, cit., 1704

⁷⁶³ R. GIRANI, M. BOTTO, *Luci e ombre della giustizia riparativa, con particolare riferimento al contesto della violenza domestica*, in *Cammino diritto*, 2023, 1-34.

⁷⁶⁴ R. PEACOCK, *Reconceptualising hate crime in a restorative framework*, in, *The International Journal of Restorative Justice* 2020, 459, «With the threat of secondary victimisation, skilled intervention would be critical to any context, also across different patterns of victimisation. With reference to the paucity of research on restorative justice and identity-based hostility, it may be useful to reflect critically on the progress of capacity development in the broader victim empowerment sector».

indispensabile ogni qual volta, anche mediante la parola, la quale può “ferire più della spada”, possano essere vilipesi i valori posti a fondamento di un ordinamento democratico», vi è chi ha recentemente sostenuto che «è proprio con riguardo alle politiche (criminali) di contrasto ai “discorsi dell’odio” che matura il terreno fertile ove sperimentare nuovi mezzi di composizione del conflitto sociale che sappiano efficacemente riparare al torto subito dalla vittima e costituire, al contempo, strumento di crescita civile e culturale dell’intera comunità»⁷⁶⁵.

Poste tali premesse, l’autore prospetta un sistema che favorisca, in prima battuta il ricorso alla via della giustizia riparativa, in quanto per la sua natura dialogica, per la sua capacità di soddisfare il bisogno di riconoscimento della vittima e di coinvolgimento della collettività, da identificarsi in questo specifico ambito con la minoranza offesa, sembra prestarsi a rispondere alle esigenze proprie della risposta a tali condotte; sullo stesso piano si pone la prospettiva, più generale, non perfettamente coincidente con la giustizia riparativa in senso stretto, della «valorizzazione di sanzioni alternative alla classica privazione della libertà, consistenti, ad esempio, nel prestare un’attività non retribuita a favore della collettività per scopi sociali o di pubblica utilità»⁷⁶⁶.

Sullo sfondo, qualora non vi sia da parte dell’autore della condotta alcuna volontà di porre rimedio alla frattura cagionata da essa oltre che di riparazione delle conseguenze provocate, e di fronte a comportamenti connotati da una particolare aggressività nei confronti dei beni giuridici tutelati, si prospetta un ritorno ad una risposta sanzionatoria, che pare essere intesa in senso più vicino al paradigma retributivo classico.

⁷⁶⁵ L. BUSCEMA, *Giustizia riparativa e negazionismo: ricordare, rimediare e riflettere per riconciliare*, in *Sistema penale*, 2022, 122 ss. Ciò, tuttavia, al netto del riscontro degli ormai familiari nodi problematici legati al rischio di seconda vittimizzazione, che sembrano potersi annidare anche nella disciplina organica della giustizia riparativa come prevista nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 150 del 2022; si pensi all’eventualità che le c.d. persone di supporto, le quali, ai sensi dell’art. 55, comma terzo possono assistere gli interessati nella partecipazione al programma riparativo, in quanto mal selezionati o non ben gestiti dal mediatore, finiscano per trasformarsi in una sorta di cassa di risonanza dei pregiudizi manifestati dalla condotta del reo.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, 130.

Quanto alla recente prospettazione del ricorso alla giustizia riparativa nel contrasto ai c.d. *cybercrimes*, occorre precisare che la proposta si riferisce ai reati a carattere personalistico, in cui il paradigma riparativo fungerebbe da strumento per favorire un incontro, anche a distanza, tra autore e vittima, rimuovendo così quella sensazione di spersonalizzazione che spesso, obliterando l'umanità del destinatario della condotta, in qualche modo riduce le inibizioni dell'autore rispetto alla commissione di questi reati, inducendone una deresponsabilizzazione⁷⁶⁷.

Di particolare interesse sono le soluzioni delineate dall'illustre autrice in relazione a come, effettivamente, dovrebbe applicarsi la giustizia riparativa all'illecito *online*, ivi compreso l'*hate speech*. Muovendo dalla constatazione che la risposta punitiva incontra, in rete, limiti strutturali (anche per ragioni tecniche e di incertezza giurisdizionale nei casi transfrontalieri), si prospetta un impiego complementare dei programmi riparativi nel quadro già predisposto dalla riforma italiana. Richiamando l'impianto del d.lgs. 150 del 2022, si sottolinea infatti come l'accesso alla giustizia riparativa sia concepito senza sbarramenti legati alla tipologia o alla gravità del reato e sia possibile lungo l'intero arco del procedimento, sino alla fase esecutiva e oltre, così da permettere un innesto flessibile sul percorso penale, senza implicare una sostituzione automatica della risposta sanzionatoria⁷⁶⁸.

In questa cornice, la concreta praticabilità dei programmi è letta alla luce di due esigenze operative; da un lato, la prevenzione della vittimizzazione secondaria, assicurata dal doppio vaglio di ammissibilità, prima dell'autorità giudiziaria e poi dei mediatori, chiamati a verificare utilità e sicurezza del programma; dall'altro, l'adattamento ai contesti digitali, dove l'utilizzo di strumenti telematici può essere funzionale quando distanza e costi renderebbero altrimenti impossibile l'incontro, pur richiedendo, secondo l'autrice, una disciplina specifica che garantisca riservatezza e rimetta al mediatore una valutazione caso per caso, evitando automatismi⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ E. MATTEVI, *Una nuova frontiera per la giustizia riparativa: l'illecito online*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 2025, 223 ss.

⁷⁶⁸ E. MATTEVI, *Una nuova frontiera per la giustizia riparativa: l'illecito online*, cit., 230 s.

⁷⁶⁹ Accanto a tale modello integrato, la chiara autrice delinea poi un canale alternativo, sebbene non esclusivo, al circuito giudiziario, specificamente ritagliato sulla natura online dell'illecito, che dunque

Ne risulta, complessivamente, una proposta che non elimina in astratto la dimensione punitiva, ma la affianca o, ove necessario, la integra con percorsi orientati alla riparazione del danno individuale, relazionale e sociale, ed è in particolar modo la riflessione sulle disposizioni normative relative all'accesso alla giustizia riparativa previste dal d.lgs n. 150 del 2022 che può costituire uno spunto utile ed un modello mutuabile per l'intera categoria dei discorsi d'odio, anche in relazione a fattispecie non perseguibili a querela di parte e prive di vittima determinata come la propaganda razzista o l'istigazione alla discriminazione.

7. Un primo bilancio. L'innesto della giustizia riparativa nel procedimento penale in relazione a propaganda e istigazione alla discriminazione è sufficiente a rendere proporzionata la risposta penale?

Seguendo tale traccia, si giunge logicamente a domandarsi quali potrebbero essere gli esiti possibili, *de iure condito*, ossia nel quadro tracciato dalla disciplina organica della giustizia riparativa, del ricorso a tale paradigma per quelle fattispecie espressive contenute nell'art. 604-*bis*, primo comma, lett. a), c.p., sempre nel contesto della ricerca di una pena, diversa dall'alternativa secca tra pena detentiva e pena pecuniaria ora offerta dalla cornice edittale, in grado di rendere complessivamente proporzionata la scelta di criminalizzazione.

esula dal discorso più generale che in questa sede di sta svolgendo in relazione alla ricerca di una tipologia di pena proporzionata rispetto ai diritti fondamentali così come scolpiti nel bilanciamento compiuto rispetto alla criminalizzazione della condotta. Tale ulteriore proposta è concepita soprattutto per le ipotesi in cui l'intervento penale risulti scarsamente efficace. valorizzando il ruolo delle piattaforme nella governance della rete e i meccanismi di gestione dei reclami e di risoluzione extragiudiziale, propone l'istituzione di organismi specializzati di giustizia riparativa, composti da mediatori professionisti, finanziati dalle piattaforme e sottoposti a un sistema di certificazione, cui la vittima possa accedere in modo tempestivo, ferma restando la possibilità di attivare la giustizia tradizionale e gli obblighi di rimozione dei contenuti e di eventuale segnalazione alle autorità; in questa prospettiva, la giustizia riparativa potrebbe offrire uno spazio di composizione anche quando il conflitto ruoti attorno alla tollerabilità del contenuto, cioè in situazioni in cui l'esito giudiziario è particolarmente incerto. *Ivi*, 235 ss.

L'analisi della disciplina della giustizia riparativa oggi vigente nel nostro ordinamento consente di ricostruire con sufficiente chiarezza quale spazio possa avere, in concreto, un eventuale esito riparativo anche rispetto a fatti riconducibili alla propaganda razzista, pur connotati, come noto, dalla procedibilità d'ufficio e dalla frequente assenza di una vittima individualmente determinata.

Ebbene, è innegabile che vi siano alcune indicazioni incoraggianti in questo senso. In primo luogo, si constata il vantaggio offerto dall'accesso generalizzato alla giustizia riparativa accolto dalla Riforma Cartabia⁷⁷⁰, che consenta l'innesto di questi programmi all'interno del procedimento penale, il quale abbia ad oggetto reati procedibili d'ufficio come sono le fattispecie previste dall'art. 604 *bis*, primo comma, parte prima. Si aggiunge, inoltre, che l'ampiezza dell'accesso è controbilanciata dai controlli di ammissibilità spettanti al magistrato, che possono svolgere un ruolo fondamentale nel mitigare quei rischi di vittimizzazione secondaria, ripetutamente sottolineati dalla letteratura internazionale e dottrina italiana che hanno esplorato la possibilità di applicare il paradigma della *restorative justice* agli *hate crimes*⁷⁷¹.

In secondo luogo, si può valorizzare la definizione volutamente ampia che il legislatore ha accolto, la quale non circoscrive l'esito riparativo a un ristoro monetario, ma lo declina come insieme di accordi, impegni e attività orientate alla riparazione dell'offesa e alla ricomposizione delle conseguenze del reato⁷⁷². Un'impostazione che,

⁷⁷⁰ V. art. 44, d.Lgs n. 150 del 2022 e l'art. 129-*bis* c.p.p.. Si è parlato in proposito della scelta da parte della riforma Cartabia di un approccio generalista, consentito per tutti i tipi di reato, a prescindere dalla loro gravità oggettiva e soggettiva, nonché illimitato sul piano temporale data la possibilità di accesso in ogni stato e grado del procedimento. Ciò ha segnato un importante cesura rispetto al passato, in cui prevaleva invece un approccio particolarista o selettivo, nel cui contesto la mediazione era prevista solo nell'ambito della sospensione del processo con messa alla prova e per i reati affidati alla competenza del giudice di pace. Per queste osservazioni v. G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*², Torino, 205, 283.

⁷⁷¹ Il riferimento è all'art. 129-*bis*, comma terzo, c.p.p. laddove si stabilisce che il giudice procedente dispone l'invio al programma di giustizia riparativa mediante ordinanza, qualora reputi che lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa possa essere utile alla risoluzione delle questioni [...] e non comporti un pericolo concreto per gli interessati e per l'accertamento dei fatti». Per un commento v. M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 195 ss.

⁷⁷² Nitidamente in questo senso, i dispositivi dell'art. 42, comma 1, lett. e): «esito riparativo: qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti» dell'art. 56, commi 1, 2 e 3, d. lgs. 150 del 2022: «Quando il programma si conclude con un esito riparativo, questo può essere simbolico o materiale.

proprio nei reati d'odio, appare teoricamente più coerente, poiché consente di misurarsi con un danno anche simbolico, relazionale e comunitario, difficilmente traducibile in termini patrimoniali⁷⁷³.

Ad un'analisi più sfumata si presta, invece, il nodo della concreta configurabilità del dialogo riparativo nei casi in cui l'offesa non si esprima come lesione di un singolo, ma come aggressione a un gruppo. Dal momento che il reato di propaganda razzista presuppone un bersaglio collettivo, la comunità da coinvolgere nel percorso riparativo non può che essere intesa come la minoranza etnica, religiosa o razziale colpita dal discorso d'odio, e proprio qui emergono difficoltà peculiari.

In effetti, già in astratto, individuare interlocutori legittimati a rappresentare tale dimensione comunitaria, evitare surrogati meramente simbolici e costruire condizioni di effettiva partecipazione, senza esporre i soggetti vulnerabili a ulteriori forme di vittimizzazione, pare un'operazione tutt'altro che semplice e rende evidente come, nei reati d'odio, la praticabilità stessa dell'esito riparativo dipenda soprattutto dalla

L'esito simbolico può comprendere dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi. L'esito materiale può comprendere il risarcimento del danno, le restituzioni, l'adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori». La duplice declinazione dell'esito riparativo accolta dalla riforma Cartabia è stata particolarmente apprezzata in dottrina, per lo sforzo di contemperare due differenti, se non opposte esigenze. Da una parte quella di assicurare alla definizione la tassatività, determinatezza e il rigore richiesti dal principio di legalità in materia penale, dall'altro quello di includere una serie di concetti, dal carattere più flessibile e polisemico, tipici della giustizia riparativa, la cui obliterazione avrebbe svuotato di senso la delicata operazione di innesto del paradigma nel procedimento penale, il quale, necessariamente è portatore di logiche e istanze differenti. Sul punto v. P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. Disciplina organica e aspetti di diritto processuale*, in *Sistema penale*, 2023, 23.

⁷⁷³ Vi è, però, chi ha espresso delle riserve sulla nozione di esito riparativo adottato dal d.Lgs. n. 150 del 2022, particolarmente con riguardo al lemma della ricostruzione della relazione tra i partecipanti, soprattutto con riguardo a particolari categorie di reato, tra cui sono ricompresi i crimini d'odio. In questi termini, M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, Milano, 2024, 251: «Più problematica ancora è la funzione ricostruttiva della relazione tra i partecipanti. Tra tutti i partecipanti? [...] Se anche si volesse ipotizzare che il fatto sia di per sé relazione, quando essa si presenti nociva, dannosa, pregiudizievole è augurabile che la funzione riparativa possa orientare il programma verso un suo accettabile scioglimento. Il pensiero va, innanzitutto, a quei crimini che la direttiva 2012/29/UE considera degni della maggiore attenzione: terrorismo, criminalità organizzata, relazioni strette violente, reati d'odio e discriminazione».

compatibilità sostanziale del caso e dalla possibilità di dar vita a un percorso genuino e non meramente formalistico⁷⁷⁴.

Tuttavia, un'agevolazione sotto questo profilo è offerta dall'art. 43 lett. c) e d) del d.lgs n. 150 del 2022 laddove esso prevede espressamente che possano partecipare ai programmi di giustizia riparativa anche altri soggetti appartenenti alla comunità, quali familiari della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa, persone di supporto segnalate dalla vittima del reato e dalla persona indicata come autore dell'offesa, enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali, nonché chiunque altro vi abbia interesse.

Si tratta di una nozione molto ampia e deformalizzata, che consente una individuazione estremamente flessibile dei partecipanti a tali percorsi; se da un lato questo non risolve pienamente il problema di individuare l'interlocutore o la vittima indiretta più opportuna per quei discorsi d'odio il cui bersaglio sia estremamente ampio, fino ad abbracciare interi gruppi etnici o addirittura raggruppamenti di tali gruppi (le persone di ascendenza indiana o africana), quantomeno lascia spazio alla sperimentazione casistica che si potrà sviluppare sul punto ad opera di mediatori formati, anche attraverso il ricorso a forme di dialogo riparativo diverse dalla mediazione⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ Ciò può risultare più agevole in ipotesi di propaganda fondata sulla negazione della Shoah, laddove un interlocutore potrebbe essere opportunamente individuato in rappresentanti delle Comunità ebraiche locali o nell'Unione delle comunità ebraiche italiane, enti dotati di personalità giuridica, i cui rapporti con lo Stato italiano sono regolati dalla l. n. 101 del 1989, nel quadro del sistema delle intese previsto dall'art. 8 Cost ma la soluzione pare assai più complessa in casi come quello oggetto della più volte menzionata sentenza del G.U.P. presso il Tribunale di Torino, laddove il messaggio discriminatorio propagandato riguardava genericamente persone di ascendenza africana e indiana, rispetto al quale è difficile pensare di poter individuare interlocutori rappresentativi dell'intero gruppo etnico.

⁷⁷⁵ Peraltro, il profilo dell'individuazione di un interlocutore per fattispecie di propaganda razzista prive di una vittima diretta potrebbe collegarsi alla problematica categoria della c.d. vittima aspecifica (prevista dalla riforma Cartabia tra i possibili partecipanti al percorso di giustizia riparativa, v. art. 53, co. 1, lett a del d.Lgs. n. 150 del 2022), laddove si ipotizzasse un tentativo di dialogo riparativo instaurato tra il soggetto indicato come autore del reato e, in luogo di una generica associazione che abbia tra i propri scopi la lotta alla discriminazione razziale, una vittima surrogata di un reato diverso, ad esempio una diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 604-ter c.p. In un caso di questo tipo, sarebbe necessario tenere a mente che la figura della vittima aspecifica è oggetto di opinioni contrastanti in dottrina. Da una parte l'opinione sulla figura è positiva, in quanto si ritiene che la vittima surrogata non sia meno vittima della vittima diretta, essendo pur sempre vittima di un reato, se non di quello specifico reato di cui è autore il proprio interlocutore nel dialogo riparativo. V. G. MANNOZZI, A. LODIGIANI,

Nonostante ciò, non sono mancati in dottrina perplessità in relazione all'ampiezza di contenuto e al carattere *flou* delle formule adottate all'art. 45 del d.lgs n. 150 del 2022 per definire chi possa partecipare ai programmi di giustizia riparativa, particolarmente alla lett. c), in particolare laddove ci si riferisce ad altri soggetti appartenenti alla comunità ed enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, e alla lett. d) dove, con una formulazione *latissima* si parla di chiunque altro vi abbia interesse; è stato infatti osservato che «l'individuazione della comunità di riferimento è compito non sempre facile, che sconta uno strutturale deficit di procedibilità e un eccesso di discrezionalità: chi deve essere coinvolto? Con quali obiettivi?»⁷⁷⁶.

Il principale nodo dolente nella prospettiva qui adottata, ossia la ricerca di una pena proporzionata, ossia che renda tale la scelta di incriminazione, costituendo al contempo una via alternativa e di mediazione rispetto all'alternativa secca tra mantenimento di un insoddisfacente *status quo* e abrogazione delle fattispecie in parola, altrettanto problematica per i profili sopra analizzati, si rinviene altrove.

In particolare, sul versante degli effetti giuridici, la stessa disciplina segna un limite non trascurabile; l'esito riparativo non assume, allo stato, la funzione di causa estintiva del reato, ma può incidere esclusivamente sul trattamento sanzionatorio, sia attraverso l'attenuante comune di cui all'art. 62, comma 1, n. 6 c.p., nella parte in cui valorizza la partecipazione a un programma concluso con esito riparativo, e, se del caso, l'effettivo rispetto degli impegni comportamentali assunti, sia, più in generale, quale elemento apprezzabile in sede di commisurazione ai sensi dell'art. 133 c.p., come indice di responsabilizzazione, di contenimento degli effetti lesivi e di riduzione del rischio di reiterazione. Ciò in quanto la procedibilità d'ufficio dei reati di cui all'art.

Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi, Torino, 2017, 142 ss. Questo avrebbe il vantaggio di consentire, appunto, la partecipazione ai programmi di giustizia riparativa anche nei casi di reati senza vittima o di casi in cui la vittima diretta non possa essere coinvolta. Dall'altra vi è chi esprime un'opinione critica nei confronti di tale figura, ritenendo che la sostituzione della vittima diretta con la vittima aspecifica esuli dal concetto di giustizia riparativa, implicando una sostituzione e una marginalizzazione della vittima effettiva che rappresentano gli aspetti della tradizionale giustizia punitiva rispetto a cui il paradigma riparativo si propone come radicale alternativa. V. M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 168. Sul tema v. anche V. BONINI, *Evoluzione della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, *passim*.

⁷⁷⁶ F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, Torino, 2025, 210.

604-*bis* c.p. li esclude dal meccanismo proprio dei reati procedibili a querela in cui l'avvio del programma riparativo può sfociare in una remissione di querela con effetti estintivi sul reato, anche nella forma di remissione tacita che si realizza quando il querelante abbia partecipato ad un programma riparativo conclusosi positivamente⁷⁷⁷.

Ne consegue che, anche in presenza di un percorso riparativo riuscito, la qualità della risposta può mutare sensibilmente, ma solo entro lo spazio di manovra consentito dalla commisurazione e dalla circostanza attenuante comune. Ne deriva un limite strutturale; se la giustizia riparativa è ridotta a fattore esterno che può al più attenuare una pena detentiva già prevista, resta aperto il dubbio che la sua valorizzazione sia insufficiente a incidere realmente sulla percezione di proporzione della risposta

8. Tentativo di costruire una pena proporzionata *de iure condendo* per le fattispecie di *hate speech*.

Si è precedentemente concluso che una strategia basata solo sulla valorizzazione della giustizia riparativa, intesa nelle specifiche forme e modalità con cui essa è stata innestata nel procedimento penale dalla recente riforma Cartabia, per quanto, da una parte presenti indubbi vantaggi nel trattamento dei reati afferenti alla categoria del discorso d'odio, poiché consente di spostare l'asse della risposta punitiva dall'astratta contrapposizione tra autore e Stato verso una dinamica incentrata sulla ricomposizione del legame con la comunità offesa, spesso identificabile in una minoranza colpita nella sua pari dignità, dall'altro, per i motivi sopra descritti, rischia di lasciare irrisolto il problema dell'individuazione di una risposta sanzionatoria proporzionata.

Pertanto, si adotterà ora una prospettiva prevalentemente *de iure condendo*, nel tentativo di rinvenire una pena la cui tipologia consenta di giungere ad un giudizio di proporzionalità con esito positivo dell'opzione incriminatrice nel suo complesso.

⁷⁷⁷ V. Art. 152, comma terzo, n. 2, c.p.

In tal senso, una via potrebbe essere quella già prospettata alcuni anni orsono in relazione al dibattito sulla criminalizzazione del negazionismo, in una fase antecedente all'entrata in vigore della norma nel suo assetto attuale.

Autorevole dottrina, infatti, aveva proposto l'introduzione di una «pena di sostanza espressiva e reputazionale», quale ad esempio, «la soluzione della lettura in udienza di un dispositivo munito di una speciale narrativa, da cui traspaia – con formulazioni più estese ed efficaci dell'ordinario – la disapprovazione dell'ordinamento all'indirizzo dell'autore delle espressioni negazioniste, al quale ricollegare, ove possibile, una sanzione accessoria di natura inibitoria/interdittiva e la pubblicazione della sentenza di condanna»⁷⁷⁸.

Il chiaro autore proseguiva nell'illustrazione di tale innovativa pena sottolineando che essa si presenterebbe, prima ancora che come risposta afflittiva, come uno strumento dal forte valore pedagogico e rappresentativo, pensato per fronteggiare l'atto estremo della negazione. In questa prospettiva, la sanzione assumerebbe la funzione di un dispositivo di riconoscimento pubblico, capace di riaffermare, con l'autorevolezza propria del giudizio penale, non soltanto la verità storica dello sterminio, ma anche la realtà dell'umiliazione discriminatoria e la lesione del comune sentimento di umanità. La formalità del processo, così intesa, opererebbe come argine al discorso di annientamento alimentato dal negazionismo, producendo un effetto di delimitazione normativa, ossia di fissazione del punto oltre il quale l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero degenera in abuso offensivo, impedendo che l'esito finale del confronto pubblico si risolva nella consacrazione della falsità⁷⁷⁹.

Volendo proseguire in questa direzione che propone un approccio innovatore già a partire dalla costruzione della cornice edittale, si potrebbe immaginare anche un'altra soluzione consistente nell'introduzione di una pena sostitutiva speciale per le fattispecie di cui all'art. 604 *bis* c.p. di carattere diverso rispetto alla pena detentiva,

⁷⁷⁸ 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, *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 50. Ora anche in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO, *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014

⁷⁷⁹ *Ibidem*.

con la sua forte incidenza sui diritti fondamentali del condannato e la sua totale indifferenza rispetto ai particolari bisogni delle vittime, o la pena pecuniaria, la quale, finisce per tradursi in una sorta di prezzo per odiare, priva però di funzioni rieducative coerenti con l'assetto valoriale sotteso al precetto violato.

Da qui la possibilità di spingersi oltre sul terreno *de lege ferenda*, immaginando una pena alternativa alla detenzione e alla pena pecuniaria costruita sul modello di un lavoro di pubblica utilità speciale, ispirato ai meccanismi premiali già sperimentati in settori specifici, in particolare il riferimento è all'ambito della circolazione stradale⁷⁸⁰, nel quale la prestazione lavorativa sia tipizzata in modo coerente con la particolare natura dell'offesa e orientata in senso ampio alla responsabilizzazione e alla rieducazione.

Un simile istituto, dunque, non coinciderebbe con il lavoro di pubblica utilità sostitutivo riconducibile al novero delle pene sostitutive delle pene detentive brevi⁷⁸¹, opzione già accessibile rispetto ai delitti di cui all'art. 604-*bis* c.p., primo comma, parte prima, ma guarderebbe, piuttosto, lo si ribadisce al modello di lavoro di pubblica utilità sostitutivo speciale previsto dall'art. 186, co. 9-*bis* del d.lgs. 285 del 1992, che a sua

⁷⁸⁰ Per una illustrazione di questa pena sostitutiva speciale, v. B. BOCCHINI, *Nuovo codice della Strada e processo penale. Guida al "corretto utilizzo" delle norme "processuali-penali-stradali"*, Experta, 2010, 234 ss. «Al di fuori delle ipotesi di ebbrezza grave e nel caso in cui sia provocato un incidente stradale, la pena detentiva e pecuniaria può essere sostituita, anche con il decreto penale di condanna, se non vi è opposizione da parte dell'imputato, con quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, secondo le modalità ivi previste e consistente nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività da svolgere, in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, o presso i centri specializzati di lotta alle dipendenze. [...]».

Con il decreto penale o con la sentenza il giudice incarica l'ufficio locale di esecuzione penale ovvero gli organi di cui all'art. 59 d.lgs. n. 274 del 2000 di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. [...]. *In caso di svolgimento positivo del lavoro di pubblica utilità, il giudice fissa una nuova udienza e dichiara estinto il reato*, dispone la riduzione alla metà della sanzione della sospensione della patente e revoca la confisca del veicolo sequestrato. [...]. In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, il giudice che procede o il giudice dell'esecuzione, a richiesta del pubblico ministero o di ufficio, [...], tenuto conto dei motivi, della entità e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena sostitutiva con ripristino di quella sostituita e della sanzione amministrativa della sospensione della patente e della confisca. Il lavoro di pubblica utilità può sostituire la pena per non più di una volta». V. anche B. BOCCHINI, F. GIUNCHEDI, Sub Art. 186 D.Lgs. 30.4.1992, n. 285. *Guida sotto l'influenza dell'alcool; Guida in stato di ebbrezza: accertamento e sanzioni*, in *Codice della responsabilità civile, One legale*, (16.1.2026).

⁷⁸¹ Art. 53, comma primo, l. n. 689 del 1981 come recentemente modificato dal d.lgs. n. 150 del 2022.

volta richiama la disciplina del lavoro di pubblica utilità quale sanzione applicabile dal giudice di pace, con specifiche deroghe⁷⁸².

Questo poiché la sua cifra distintiva risiederebbe nella previsione legislativa di un esito premiale, quale l'estinzione del reato al termine positivo del percorso, idonea a incentivare anche adesioni inizialmente opportunistiche, senza che ciò impedisca l'attivazione di un processo di rielaborazione effettiva attraverso una pena agita e non meramente subita⁷⁸³.

La previsione di un lavoro di pubblica utilità "colorato" dalla specificità dell'art. 604-bis c.p., inoltre, permetterebbe di integrare nel contenuto della sanzione, oltre alla prestazione lavorativa in senso stretto, impegni formativi e rieducativi mirati, eventualmente modellati su esperienze comparate come lo *stage de citoyenneté* francese⁷⁸⁴, rendendo il trattamento maggiormente congruente rispetto alla tutela del

⁷⁸² Art. 54, d.Lgs. 274 del 2000. In particolare, questo lavoro di pubblica utilità speciale ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata e della conversione della pena pecuniaria raggiungendo 250 euro ad un giorno di lavoro di pubblica utilità.

⁷⁸³ Si tratta di una nota espressione formulata da Massimo Donini in diversi suoi scritti. Ex multis, v. ID. *La riparazione non è buonismo: è la differenza tra pena e riscatto*, in, *Il riformista*, 6 settembre 2022, ID, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in, *Sistema penale*, 2022, 1ss; ID., *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 1 ss.

⁷⁸⁴ Sull'applicazione della *peine de stage* alle fattispecie di istigazione, diffamazione e ingiuria non pubbliche per motivi discriminatori v. Cap. III, sez. II, § 4.4.2. In generale nella dottrina francese tale tipologia di pena, che può essere erogata come pena principale, o come nei casi relativi ai discorsi d'odio come pena accessoria, ha raccolto opinioni variegata. V. GAUTRON, P. RAPHALEN, *Les stages: une nouvelle forme de pénalité*, in *Déviance et Société*, 2013, 27-50, *passim*. Più specificamente, esse sono ritenute una risposta al reato innovativa, volta a coniugare educazione, prevenzione e sanzione e a realizzare un adattamento qualitativo della reazione punitiva alle infrazioni di lieve o media gravità, attraverso una pedagogia di "responsabilizzazione" dell'autore e la trasmissione di messaggi di prevenzione sui profili sanitari, sociali e penali dei comportamenti incriminati.

La loro attuazione, inoltre, può valorizzare una coproduzione extra-giudiziaria della risposta penale, grazie al coinvolgimento di una pluralità di operatori e competenze, e in alcuni casi consente una presa in carico più aderente al profilo del destinatario e alla natura dell'illecito.

Nondimeno, si mette in luce anche come tale dimensione pedagogica sia costantemente esposta al rischio di essere "parassitata" da obiettivi manageriali di gestione dei flussi, sistematizzazione e accelerazione della risposta penale a basso costo, con conseguente riduzione degli spazi di effettiva individualizzazione e slittamento verso un uso dello stage come *rappel à la loi* arricchito e come semplice aggiunta punitiva funzionale all'incremento del tasso di risposta penale. A ciò si accompagnano ulteriori profili critici: la frequente irrogazione dello stage come pena complementare può determinare un aggravamento complessivo del trattamento sanzionatorio; quando lo stage sostituisce risposte più leggere (quali il mero richiamo alla legge), esso può irrigidire le alternative e ampliare indirettamente l'area del controllo penale, anche perché, in caso di composizione penale, comporta iscrizione al casellario e la sua inosservanza può integrare un illecito autonomo. Infine, il costo dello stage, normalmente addossato al destinatario e talora combinato con la perdita di giornate

bene giuridico della pari dignità e più idoneo, sul piano della prevenzione speciale, a disinnesicare la recidiva e a ricostruire le condizioni minime di convivenza democratica. Peraltro, la proposta non nascerebbe in un vuoto, in quanto, a ben guardare, il legislatore nella l. n. 205 del 1993 di conversione del d.l. n. 122 del 1993, nota come legge Mancino, aveva previsto un apparato di pene, aventi però carattere accessorio, tra cui «l'obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, secondo le modalità stabilite ai sensi del comma 1-ter;»⁷⁸⁵.

La soluzione appena prospettata potrebbe prestarsi all'obiezione di risultare ridondante rispetto a un istituto già previsto dall'ordinamento, idoneo a produrre un esito estintivo del reato, quale la sospensione del procedimento con messa alla prova⁷⁸⁶. Nondimeno, nelle considerazioni che seguono si cercherà di mettere in luce taluni profili di distinzione tra i due strumenti.

Invero essi rispondono (o risponderebbero nel caso del lavoro di pubblica utilità sostitutivo speciale prospettato in chiave *de iure condendo*) a logiche e a funzioni differenti. La messa alla prova costituisce un modello di *probation* individualizzata, connotato da un elevato grado di discrezionalità nella costruzione del programma e da una dipendenza strutturale dalle risorse, dai tempi e dalle prassi organizzative degli uffici e dei servizi competenti, con possibili ricadute in termini di selettività applicativa e di disomogeneità territoriale.

lavorative, introduce un fattore selettivo e può condurre, per ragioni economiche, a riduzioni della durata e dunque dell'intensità formativa del percorso, alimentando il rischio che il dispositivo finisca per "predicare ai convinti" o per colpire in modo diseguale, senza incidere realmente sulle motivazioni profonde del comportamento.

⁷⁸⁵ *Ivi.* Art. 1-bis, lett. a).

⁷⁸⁶ Si tratta dell'istituto nato nel procedimento penale minorile e poi traslato dalla legge n. 67 del 2014 nel procedimento penale ordinario all'art. 464-bis c.p.p, in risposta più che altro alla necessità di porre rimedio al sovraffollamento carcerario e di alleggerire il carico giudiziario, all'indomani della condanna dell'Italia da parte della Corte EDU nella sentenza Torregiani, dell'8 gennaio 2013. V. M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 97 ss. Nella manualistica, R. CASIRAGHI, F. ZACCHÈ, *Procedimenti speciali*, in G. UBERTIS (a cura di), *Sistema di procedura penale*, II, *Personae instrumenti e riti*, Milano, 2020, 687 s.

Un lavoro di pubblica utilità speciale, invece, opererebbe come risposta sanzionatoria tipizzata e settoriale; non un percorso “a geometria variabile”⁷⁸⁷, ma una pena alternativa normativamente delineata e riconoscibile, già conformata *ex ante* nei suoi contenuti essenziali alla specificità dell’offesa discriminatoria e alla tutela del bene giuridico della pari dignità. Proprio questa maggiore determinatezza consentirebbe di trasformare l’innesto di finalità riparative in senso lato⁷⁸⁸ e rieducative da esito eventuale, affidato alla qualità del singolo programma, a elemento ordinario e strutturale della risposta punitiva, aspetto che, combinato con l’effetto premiale riconnesso alla sua riuscita, potrebbe rafforzarne la funzione di prevenzione generale positiva⁷⁸⁹.

Al contempo, la previsione legislativa di un effetto premiale tipico, come l’estinzione del reato a seguito dell’adempimento positivo, potrebbe rafforzare in modo decisivo l’incentivo alla partecipazione, anche quando l’adesione sia inizialmente motivata da ragioni strumentali. L’eventuale opportunismo del condannato, infatti, non sarebbe di per sé incompatibile con l’obiettivo della prevenzione speciale, nella misura in cui l’esperienza concreta della prestazione e la frequenza di moduli formativi specificamente calibrati sull’*hate speech* siano idonee a produrre una trasformazione effettiva della relazione tra autore e comunità offesa.

⁷⁸⁷ Per riprendere un’efficace espressione usata in un contesto differente. V. FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., *ex multis*, 3-4.

⁷⁸⁸ F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit. 77-78, include il lavoro di pubblica utilità sostitutivo tra le forme di riparazione generale, tendenzialmente, volontaria con funzione rieducativa,

⁷⁸⁹ Il riferimento è alle riflessioni compiute in materia di misure premiali da G. TOSCANO, *Post crimen patratum. Contributo ad uno studio sistematico sulle ipotesi di ravvedimento postdelittuoso*, Torino, 2022, 53-57: «Il modello generalpreventivo “positivo”, com’è noto, riconosce alla pena un’inedita funzione pedagogica, ritenendo che la sua vigenza stimoli nei cittadini la propensione all’osservanza delle norme fondamentali dell’ordinamento e divenga veicolo di *orientamento culturale* verso l’identificazione con l’insieme dei valori che sono tutelati mediante la stigmatizzazione dei comportamenti offensivi. [...]. Dobbiamo dunque interrogarci “se” e “a quali condizioni” anche le sanzioni positive connesse alla condotta postdelittuosa del reo possano inserirsi nei *teloi* del sistema quali *Kulturnormen* in grado di orientare la collettività ai valori che si intende promuovere e tutelare. [...] In conclusione, possiamo dire che anche le previsioni premiali *de quibus* possono e devono essere portatrici delle concezioni di valore presenti nella società, divenendo fattore di aggregazione del consenso (qui inteso come “adesione interiore”) dei consociati attorno ai fondamentali principi dell’ordinamento».

Sotto questo profilo, la tipizzazione di un simile percorso inciderebbe direttamente anche sul piano della proporzionalità della scelta di incriminazione: non solo perché sostituirebbe, nei casi meno gravi⁷⁹⁰, una pena detentiva breve potenzialmente poco significativa e scarsamente trasformativa, ma perché ricollocerebbe la risposta sanzionatoria entro un modello di pena socialmente orientata e funzionale alla ricostruzione del patto di convivenza, riducendo così il rischio che l'incriminazione si traduca in un mero prezzo da pagare per l'adesione a un messaggio discriminatorio.

In questa prospettiva, occorre peraltro ribadire che un simile lavoro di pubblica utilità speciale non potrebbe essere concepito come uno strumento coercitivo di “conversione morale” dell'autore, né come un percorso imponibile contro la sua volontà. Al contrario, la sua stessa funzionalità, in quanto pena alternativa con contenuto attivo e trasformativo, presupporrebbe il consenso del condannato, o comunque l'assenza di una sua opposizione, secondo un'impostazione già sperimentata nel lavoro di pubblica utilità speciale previsto dal Codice della strada.

Proprio questa necessaria dimensione volontaria consente di valorizzare, senza forzature, la distinzione teorica tra pena subita e pena agita, nei termini efficacemente messi in luce da autorevole dottrina, secondo cui «in effetti lo Stato non impone, non può imporre una rieducazione o una risocializzazione, una emenda, un pentimento, né una riparazione dell'offesa come prestazione attiva. Di fronte alla libertà del responsabile di rifiutare queste prospettive non rimane che un “prezzo da pagare”: anzi, da subire. La pena tradizionale è una pena subita»⁷⁹¹.

Il punto, allora, non è immaginare una rieducazione “forzata”, ma predisporre un assetto normativo che renda concretamente praticabile e incentivante l'opzione della pena agita: una scelta nella quale l'adesione del condannato, anche se inizialmente

⁷⁹⁰ Un aspetto da approfondire ulteriormente è rappresentato dal requisito oggettivo in presenza del quale possa essere disposta tale sostituzione. Una possibilità potrebbe essere quella di adottare il limite di una pena applicata pari a 3 anni, mutuata dalla disciplina del lavoro di pubblica utilità sostitutivo previsto dall'art. 53, comma primo, l. n. 689 del 1981; in questo modo di includerebbero tutte le ipotesi previste dal primo comma, parte prima dell'art. 604-*bis* c.p. oltre che le fattispecie più lievi tra quelle aggravate ai sensi del terzo comma dell'articolo, così intercettando anche la fascia più “bassa” della propaganda, e istigazione alla discriminazione fondata sul negazionismo della Shoah.

⁷⁹¹ M. DONINI, *Diritto penale, Parte generale*¹, Milano, 2024, 224.

determinata da ragioni strumentali, si traduca comunque nell'assunzione di impegni verificabili e orientati alla ricomposizione del legame con la comunità offesa, offrendo al tempo stesso un percorso sanzionatorio più congruente con la specificità dell'offesa discriminatoria e più credibile sul piano della prevenzione speciale.

Riflessioni conclusive

E' ora possibile tirare le fila del percorso logico-argomentativo seguito nel corso del presente elaborato.

Il ricorso al diritto penale per contrastare condotte quali la propaganda razzista e le manifestazioni razziste e fasciste (pur non essendo queste ultime state oggetto di uno specifico approfondimento) è tema da tempo controverso. Da una parte, le fattispecie riconducibili alla c.d. istigazione indiretta presentano evidenti profili di frizione con i principi costituzionali in materia penale. Ciò si coglie, in particolare, sul terreno del principio di offensività: non già perché difetti un bene giuridico meritevole di tutela, quanto piuttosto perché le caratteristiche del bene giuridico in gioco, ossia la pari dignità, rendono estremamente arduo costruire fattispecie a sua protezione senza realizzare un'anticipazione eccessiva dell'intervento punitivo. Proprio tale difficoltà, come illustrato, ha condotto una parte della dottrina a proporre la ricostruzione di tali figure come reati di pericolo concreto, nel tentativo di superare il prevalente orientamento giurisprudenziale che tende invece a qualificarle come reati di pericolo astratto.

Si tratta, tuttavia, di una soluzione che trae ispirazione dagli interventi di ortopedia interpretativa realizzati dalla Corte costituzionale in relazione a varie fattispecie di reati di opinione. Una traiettoria che, già ampiamente criticata in quel contesto, non poteva che rivelarsi insoddisfacente anche rispetto alla categoria dei delitti contro l'uguaglianza. Se, infatti, il nodo dell'individuazione del bene giuridico protetto, dopo una iniziale fase di incertezza, sembra essersi ormai risolto a favore della pari dignità, intesa come dimensione sociale della persona, vale a dire come diritto di ciascuno a essere riconosciuto quale membro della società e a realizzarvi pienamente la propria personalità, la questione della tecnica di incriminazione rimane un rompicapo irrisolto.

Il richiamo al pericolo concreto si è rivelato frequentemente insoddisfacente alla prova della prassi giurisprudenziale. Come si è avuto più volte modo di osservare, tale tecnica ha prodotto una giurisprudenza ondivaga e instabile, con effetti deleteri sulla

certezza del diritto. Ciò è dipeso, da un lato, dal moltiplicarsi di casi di condanne e assoluzioni relative a condotte analoghe realizzate nel medesimo contesto spazio-temporale; dall'altro, dalla sospetta tendenza, osservata in dottrina, a selezionare la fattispecie da applicare sulla base della tecnica di incriminazione più favorevole. Lo dimostra il variegato *case law* sul saluto romano, ricondotto talvolta all'art. 3 della legge Mancino e talaltra all'art. 5 della legge Scelba, sul quale si sono recentemente pronunciate le Sezioni Unite. Il loro approccio, definibile come conservativo rispetto all'assetto tracciato dalla vetusta giurisprudenza costituzionale sui reati di opinione, rende dubbio che si sia davvero raggiunto un nuovo e più efficace punto di equilibrio.

Un esempio particolarmente eloquente delle conseguenze di tale oscillazione interpretativa si rinviene, del resto, nel travagliato iter giurisprudenziale sfociato nella medesima sentenza delle Sezioni Unite appena menzionata, avente ad oggetto l'inquadramento giuridico della condotta del saluto romano e della chiamata del presente. In quella vicenda, i ricorrenti si erano visti riconoscere dal giudice di primo grado l'applicazione dell'art. 5 c.p., ossia l'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale, sul presupposto che pochi anni prima, per le medesime condotte (sussunte all'art. 5 della legge Scelba), gli imputati erano stati assolti. Alla luce di un simile quadro, pare non più percorribile la via del pericolo concreto, poiché ogni illusione circa la sua capacità di controbilanciare l'anticipazione dell'intervento penale in queste fattispecie appare definitivamente superata.

Giunti a questo punto, è evidente come, ove ci si mantenga entro i confini tracciati dalla domanda «se punire?», muovendosi dunque nella cornice dell'*an* della punizione, l'unica alternativa allo status quo sia una riforma della materia dei delitti d'odio in senso riduttivo, sino ad arrivare all'abrogazione delle fattispecie più problematiche. Impostata in questi termini, la proposta che pare a chi scrive più equilibrata e idonea a restituire un volto costituzionale a questo difficile campo del diritto penale è quella recentemente avanzata in dottrina, che punta all'eliminazione dei reati di propaganda e manifestazione, in combinazione con il ricorso alla tecnica del pericolo astratto, congiunta ad una migliore aderenza delle fattispecie al principio di determinatezza, già riportata nel corso dell'elaborato. Tuttavia, proprio in relazione

a questo dilemma, si è tentato di contribuire al dibattito prospettando una opzione ulteriore.

Il punto di partenza del ragionamento è stato tratto dalle recenti evoluzioni della riflessione dottrinale sui limiti alle scelte di incriminazione, nel cui contesto da anni si consuma la lenta agonia del concetto di bene giuridico costituzionale, costantemente oscillante tra dichiarazioni di superamento del paradigma e tentativi di rivitalizzazione. All'orizzonte, invece, si assiste all'ascesa di un principio che non può dirsi nuovo nella sua essenza, ma la cui riscoperta quale possibile canone di controllo delle scelte di incriminazione è emersa solo di recente con particolare forza nel dibattito penalistico: il principio di proporzionalità.

Di tale principio si è esplorata la tradizionale dicotomia che lo vede, da un lato, declinato come criterio di limitazione del ricorso al diritto penale e, dall'altro, come principio attinente alla dosimetria sanzionatoria, storico precipitato di teorie retributive della pena, anche nelle più moderne varianti di matrice anglosassone, ove la pena viene concepita come *censure* distribuita secondo il criterio del *just desert*. L'esplorazione di tale dicotomia, la cui concettualizzazione è stata raffinata dagli sforzi di recente autorevole dottrina italiana, ne ha mostrato la coerenza e la tenuta, ma anche la frequente interazione sinergica tra i due paradigmi nella prassi delle Corti sovranazionali, in particolare della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Un'ulteriore conclusione fondamentale ha riguardato il ruolo di grande rilievo giocato dalla tipologia della pena nel contesto del giudizio di proporzionalità prospettica o costituzionale. Traendo spunto dalla teorizzazione dottrinale sul tema, se ne è potuta misurare l'efficacia e il ruolo determinante nella valutazione di proporzionalità dell'intera fattispecie incriminatrice. Tale rilievo emerge in modo particolarmente netto in un contesto sensibile come quello della libertà di espressione, carico di implicazioni per l'effettivo godimento di diritti fondamentali; il diritto stesso di manifestare idee e opinioni e, dall'altra parte, il diritto alla tutela dell'onore e della reputazione, sino a giungere alla pari dignità dei consociati.

Il riferimento è alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo in materia di diffamazione a mezzo stampa da parte dei giornalisti. A partire dal cruciale arresto rappresentato dalla sentenza *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, la Corte ha costantemente ribadito che, sebbene in determinate circostanze le autorità interne possano ritenere necessario limitare l'esercizio della libertà di espressione e che, conseguentemente, una condanna per diffamazione possa soddisfare una pressante esigenza sociale, ciò che fa pendere l'ago della bilancia nel senso della sproporzione a danno della libertà di espressione non è soltanto l'incidenza sul singolo ricorrente, bensì l'effetto sistemico sull'intera società. Tale sproporzione risiede, in particolare, nella tipologia della sanzione irrogata: la pena detentiva, ancorché sospesa, per un reato connesso ai mezzi di comunicazione è compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti garantita dall'art. 10 CEDU soltanto in circostanze eccezionali.

È da questo *case law* che si è tratto lo spunto per reimpostare la problematica relazione tra discorsi d'odio e diritto penale nella cornice non dell'*an* della punizione, vale a dire se ricorrere o meno allo strumento penale, bensì del *quantum*, o più ancora del *quomodo*, della pena stessa. In altri termini, si è tentata l'extrapolazione di quel principio, enunciato per i casi di esercizio del diritto di cronaca e di critica, al fine di prospettare una possibile terza via: alternativa tanto al mantenimento dello status quo quanto all'abrogazione delle fattispecie più insidiose della disciplina sui discorsi d'odio, e incentrata invece sull'intervento relativo alla natura della sanzione comminata.

Prima di approfondire tale punto, è apparso necessario soffermarsi sulle ragioni che hanno indotto a ritenere meritevole una simile riflessione, pur a fronte dell'esistenza di proposte di riforma condivisibili ed equilibrate. Tre sono stati gli aspetti problematici individuati in relazione a una opzione abrogativa delle fattispecie di istigazione indiretta. Il primo concerne gli obblighi internazionali di tutela penale. Si è ricordato che tali fattispecie sono state introdotte per la prima volta nel nostro ordinamento a seguito di un impulso esterno, ossia in conseguenza della ratifica della Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York nel 1965 e sottoscritta dall'Italia. Anche la

circostanza aggravante di negazionismo, che sembra attraversare un processo di progressiva autonomizzazione nella giurisprudenza, si colloca nel solco di un obbligo di criminalizzazione di matrice eurounitaria, derivante dalla decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio.

Si è dunque ritenuto opportuno interrogarsi sulla pregnanza di tali obblighi anche alla luce della recente sentenza della Corte costituzionale che, per la prima volta, ha affrontato direttamente una questione di legittimità concernente l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio in rapporto, tra l'altro, a una possibile violazione dell'art. 117 Cost., connessa al venir meno addi un obbligo positivo contenuto nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, altresì nota come Convenzione di Mérida, adottata nel 2003, con possibili effetti *in malam partem*.

In quella occasione, la Corte ha ritenuto ammissibile la questione, dunque ammettendo in astratto l'eventualità dell'accoglimento di una censura analoga, pur ritenendola infondata nel caso dell'abuso d'ufficio, perché la Convenzione citata non conteneva un obbligo espresso di incriminazione, bensì solo un generico invito a contrastare con misure adeguate le condotte descritte, peraltro in assenza di una clausola di *stand still*. È parso allora necessario domandarsi se un analogo profilo di incostituzionalità non possa porsi rispetto all'abrogazione di reati che hanno ad oggetto condotte per le quali, invece, la Convenzione di New York impone espressamente agli Stati di approntare una risposta penale.

Gli altri due nodi problematici hanno riguardato, da un lato, la possibile emersione di lacune di tutela rispetto a condotte effettivamente dotate di elevata carica lesiva della dignità altrui e, dall'altro, la loro capacità di generare, attraverso disseminazione e reiterazione, quell'avvelenamento del clima sociale che è stato ritenuto il vero cuore del danno prodotto dall'*hate speech* anche nella letteratura anglosassone favorevole alla sua punizione. A ciò si aggiunge un ulteriore dato difficilmente ignorabile, emerso dall'analisi comparatistica condotta sugli ordinamenti tedesco, spagnolo e francese. L'incriminazione di queste condotte, pur mediante punti di equilibrio differenti e più o meno aderenti ai canoni costituzionali in materia penale, costituisce una costante,

con tendenze espansive, come osservato in particolare con riferimento all'ordinamento tedesco. Come mostrato, per diverse ragioni, nessuno di tali elementi configura un ostacolo insormontabile alla via riformatrice o abrogatrice; essi sono però apparsi sufficientemente pregnanti da rendere meritevole l'esplorazione di una strada alternativa.

Questa alternativa si iscrive, in fondo, nel fenomeno ben noto di frammentazione e atomizzazione del sistema sanzionatorio, legato al superamento, o comunque al progressivo allontanamento, dalla secca alternativa tra pena detentiva e pena pecuniaria (tralasciando qui il binario delle misure di sicurezza). Essa consiste nella ri-concettualizzazione del problema attraverso il suo inquadramento nella prospettiva del *quantum* e del *quomodo* sanzionatorio, piuttosto che nel reiterare un confronto ormai più volte arato sul terreno dell'*an* della sanzione.

Traendo spunto dai nuovi scenari dischiusi dall'implementazione della giustizia riparativa nel nostro ordinamento, introdotta dalla riforma Cartabia e innestata nel procedimento penale (peraltro, in realtà, anche in fase antecedente al procedimento e, per i reati procedibili a querela di parte, in una logica che precede l'attivazione dell'azione penale), ci si è interrogati sulle possibilità offerte da tale modello per la costruzione di una pena idonea a rendere proporzionata l'intera opzione incriminatrice. Si è rilevato che tale paradigma presenta caratteristiche promettenti per fornire una risposta efficace: da un lato, più adeguata ai bisogni delle vittime, intese qui come vittime mediate e indirette, ossia le comunità e le minoranze destinatarie della parola-odio, per riprendere l'efficace espressione di Alessandro Spina; dall'altro, più utile per il soggetto indicato come autore dell'offesa, in una prospettiva di riconoscimento del danno arrecato e di riconoscimento dell'umanità, e dunque della dignità, del diverso. Ciò assume particolare rilievo rispetto al discorso d'odio online, il cui svolgersi nello spazio cibernetico alimenta, al contempo, l'alienazione e la disumanizzazione della vittima e la deresponsabilizzazione dell'autore.

Tuttavia, ai fini della presente ricerca, i limiti strutturali della giustizia riparativa, così come attualmente disciplinata dal d.lgs. n. 150 del 2022, e in particolare l'impatto nel

complesso modesto e circoscritto che l'esito positivo di un programma riparativo può determinare per l'autore di un reato procedibile d'ufficio, hanno indotto a spingersi oltre. Tale impatto resta, infatti, limitato alla valorizzazione in sede di commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p., ovvero al riconoscimento della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 6, c.p. Da qui la scelta di seguire il tracciato di alcune proposte di rivoluzione delle cornici edittali emerse nel dibattito che precedette l'introduzione della circostanza aggravante di negazionismo.

Si è così approdati a immaginare una pena alternativa consistente in un lavoro di pubblica utilità speciale, sul modello di quello previsto per la guida in stato di ebbrezza: applicabile su richiesta dell'imputato o dal giudice in caso di mancata opposizione, e caratterizzata già in sede di comminatoria edittale. In questa prospettiva, l'intervento sulla natura della pena si propone quale possibile punto di equilibrio, capace di incidere sul giudizio di proporzionalità dell'intera fattispecie, senza abbandonare l'idea che alcune forme di parola-odio, proprio per la loro specifica carica lesiva e per la loro capacità di avvelenare il clima sociale, non possano essere consegnate a un vuoto di tutela.

In definitiva, la traiettoria ricostruttiva qui seguita ha condotto a una conclusione che, pur muovendo dal riconoscimento della problematicità delle fattispecie di istigazione indiretta e dell'insoddisfacente resa della categoria del pericolo concreto sul piano applicativo, non si arresta a un'alternativa binaria tra conservazione integrale dell'esistente e abrogazione delle incriminazioni più controverse. Il tentativo è stato, piuttosto, quello di spostare il baricentro della riflessione, valorizzando il principio di proporzionalità nella sua declinazione prospettica e interrogandosi sul ruolo decisivo che svolge all'interno di essa la tipologia sanzionatoria, sino ad ipotizzare una riformulazione della risposta punitiva attraverso una pena alternativa che, per struttura e finalità, possa attenuare le tensioni costituzionali che attraversano questo settore del diritto penale, nonché che si collochi in modo più coerente rispetto alle specifica fisionomia degli interessi e valori ad esso sotteso.

Bibliografia

- ABBAGNANO N., *Dizionario di Filosofia*, II, Torino, 1971.
- ACETO A., *Natura della confisca del denaro e quantum di profitto confiscabile nei confronti del correo*, in *Il Quotidiano giuridico*, 2025, 1 ss.
- ACQUAROLI R., FRONZA E., GAMBERINI A. (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, 2021.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Hate Speech and Hate Crimes against LGBT Persons*, 10 agosto 2012, 1
- AINIS M., *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005.
- ALEXY R., *Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse*, in *5 Ratio Juris*, 1992, 143 ss.
- ALEXY R., *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, in *Ratio Juris*, 2003, 131 ss.
- ALKIVIADOU, N., *Hate speech and the European Court of Human Rights*, Routledge, 2025.
- AMELUNG K., *Rechtsgüterschutz und schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.
- ANDENAS M., BEKKEDAL T., PANTALEO L. (eds.), *The Reach of Free Movement*, Springer, 2017.
- ANGIOLINI G., *Ne bis in idem: una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. che invoca un intervento legislativo*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2022, 1329 ss.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Sassari, 1980.
- ASHWORTH A., VON HIRSCH A., *Proportionate sentencing. Exploring the principles*, Oxford University Press, 2005.
- ASP P., *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stoccolma, 2012.
- ATTANASIO D., *La confisca "modello" delle Sezioni Unite: il ritorno nel perimetro della legalità*, in *Diritto Penale e Processo*, 2025, 1170 ss.

- ATTANASIO D., *Propaganda e istigazione discriminatoria (e negazionista) tramite social media. Considerazioni a partire da una sentenza del Gup del Tribunale di Torino del 2022 in Il Piemonte delle Autonomie*, 2023, §1 ss.
- BACCO F., *Tra sentimenti ed uguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018.
- BACCO F., *Norme antidiscriminatorie* in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto Penale. Parte Speciale*³, I, *Tutela penale della persona*, Torino, 2019, 403 ss.
- BAKER C., *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, 1989.
- BAKER C., *Harm, Liberty, and Free Speech*, in 70 *S. Cal. L. Rev.* 979 (1996-1997), 979 ss.
- BAKER C., *Autonomy and Hate Speech* in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 202.
- BAKER C., *Hate Speech*, in HERZ M., MOLNÀR P. (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*. Cambridge University Press, 2012, 86 ss.
- BALLESTEROS P.T., *El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un Caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación*, in *Política criminal*, 2021, 1 ss.
- BARAK A., *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*. Cambridge, 2012.
- BARATTA A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966.
- BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1825.
- BELAVUSAU, U., *Fighting hate speech through EU Law* in *Amsterdam Law Forum*, 2012, 20 ss.
- BELLAGAMBA F., GUERRINI R., *Delitti contro l'onore*, Torino, 2010.
- BELLAGAMBA F., *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale simbolica?* in *Criminalia*, 2018, 265 ss.

- BENVENUTO F.M., *Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell'esistenza dei genocidi "riconosciuti come tali dalla legge francese"* in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, §1 ss.
- BIANCHI D., *Propaganda negazionista: tendenze espansive d'una circostanza sui generis*, in *Giurisprudenza italiana*, 2025, 1627 ss.
- BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006.
- BIFULCO D., *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, 2012.
- BILLIS E., KNUST N., RUI J.P. (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart Publishing, 2021.
- BILLIS E., KNUST N., RUI J.P., *The Typology of Proportionality*, in BILLIS E., KNUST N., RUI J.P. (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart Publishing, 2021, 16.
- BIN L., *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2020, 98 ss.
- BIRD K.L., *Racist Speech or Free Speech? A Comparison of the Law in France and the United States*, in *Comparative Politics*, 2000, 399 ss.
- BJORGE E., ZGLINSKI J., *The principle of proportionality in EU law and its domestic application: ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre*, in ZIEGLER K.S., NEUVONEN P.J., MORENO-LAX V. (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Elgar Editions, 2022, 191.
- BOCCHINI B., *Nuovo codice della Strada e processo penale. Guida al "corretto utilizzo" delle norme "processuali-penali-stradali"*, Experta, 2010.
- BOLLINGER L., *The tolerant society (Freedom of speech and extremist speech in America)*, Oxford University Press, 1986.
- BONINI V., *Evoluzione della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 111 ss.

- BONNAL N., *Discours et discriminations*, in *Légipresse*, 2021, 141 ss.
- BOTTO M., GIRANI R., *Luci e ombre della giustizia riparativa, con particolare riferimento al contesto della violenza domestica*, in *Cammino diritto*, 2023, 1 ss.
- BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, Milano, 2024.
- BRAGA G., *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, 101 s.
- BRANCA G., PIZZORUSSO A., (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 2006.
- BRENAUT, M., *La criminalisation des «discours de haine»*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2023, 291 ss.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato* (voce), in *Nov. Dig. It*, Torino, 1973.
- BRINK D., *Millian principles, Freedom of expression and Hate Speech*, in *Legal Theory*, 7, 2001, 119 ss.
- BROWN A., *Hate speech law: a philosophical examination*, Routledge, 2015.
- BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 978 ss.
- BUSCEMA L., *Giustizia riparativa e negazionismo: ricordare, rimediare e riflettere per riconciliare*, in *Sistema penale*, 2022, 111 ss.
- BYRD B.S., HRUSCHKA J., *Kant on “why must I keep my promise?”*, in A. RIPSTEIN (a cura di), *Immanuel Kant*, Routledge, 2016, 205.
- CADOPPI A. CANESTRARI S. MANNA A. PAPA M., (dir.), *Diritto penale*, I, Torino, 2022
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M. (dir.), *Diritto Penale*, III, Torino, 2022.
- CADOPPI A., *Il reato penale. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022.
- CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte speciale, I, Introduzione e analisi dei titoli*⁷, Wolters Kluwer, 2023.

- CANNIE H., VOORHOOF D., *The abuse clause and freedom of expression in the European human rights convention: an added value for democracy and human rights protection?* in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, 54 ss.
- CANZIAN N., *Il giudizio di proporzionalità intrinseca ed estrinseca: il caso dell'appropriazione indebita*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2024, 1199 ss.
- CAPUTO M., FORTI G., VARRASO G., *“Verità” del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014.
- CAPUTO M., *La menzogna di Auschwitz, le verità del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1 ss.
- CARETTI P., *Sub Art. 10, CEDU. Libertà di espressione*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, in 397 ss.
- CAROLI P., *Il negazionismo come reato nell'ordinamento francese: il Conseil Constitutionnel si pronuncia sulla modifica della fattispecie*, in *L'Indice penale*, 2017, 549 ss.
- CAROLI P., *Sub art. 604-bis c.p.*, in T. PADOVANI, *Codice penale*, Milano, 2019, 4151 s.
- CAROLI P., *Dei post e delle pene. Considerazioni su eguaglianza, social network e giustizia penale*, in R. ACQUAROLI, E. FRONZA, A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, 2021, 81 ss.
- CARROZZA P., GIOVINE A.D., FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009.
- Cartabia M., *principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese*, Roma, 2013.
http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_199.do
- CARUSO C., *Dignità degli altri e spazi di libertà degli intolleranti. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quad. Cost.*, 2013, 795 ss.
- CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo ad una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, 2013.

- CASIRAGHI R., ZACCHÈ F., *Procedimenti speciali*, in G. UBERTIS (a cura di), *Sistema di procedura penale*, II, *Persone strumenti e riti*, Milano, 2020, 687 s.
- CASSIBBA F., UBIALI M.C., *Art. 10. Libertà di espressione*, in UBERTIS G., VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*², Torino, 2022.
- CASTAÑO E.N., *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, 2022.
- CAVALIERE A., *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. e proc. pen.*, 2016, 999 ss.
- COHEN-JONATHAN G., *Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, 676 ss.
- COLAPIETRO C., RUOTOLO M., *Diritti e libertà*, Torino, 2014.
- COLLIVER S., *Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*, Londra, Article 19, 1992.
- CORRAL-MARAVAR N., *Sentencia del TEDH en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España. Reflexiones sobre el delito de injurias a la Cororna y del derecho a la libertad de expresión*, in *Revista General de Derecho Penal*, 2020, 1 ss.
- COSTANTINI A., *Esposizione di simboli nazisti fuori dal cancello di casa e diffusione di video negazionisti online*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2021, §1 ss.
- CRAIG P., *Proportionality and Judicial Review: A UK Historical Perspective*, in VOGENAUER S., WEATHERILL S. (eds), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, 2017.
- CUENCA A.G., *El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, 2015.
- CUENCA A.G., *Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década*, in *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2012, 310 ss.

- D'AMICO L., *I delitti contro l'eguaglianza*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (dir.), *Diritto Penale*, III, Torino, 2022, 6106 ss.
- D'AMICO L., *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. Note a margine del d.d.l. Zan*, in *Legislazione penale*, 2021, 1 ss.
- D'ELIA G., *Disposizioni transitorie e finali-Art. XII*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006.
- D'ORAZIO R., *La memoria doverosa. L'esperienza francese delle lois mémorielles*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, 413 s.
- DANIELE L., *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perincek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 79 ss.
- DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 1 d.l. 26/4/1993 n.122, conv. con modif. dalla l.25/6/1993 n.205*, in *Leg.Pen.* 1994, 180.
- DELGADO R., *Four observations about Hate Speech in 44 Wake Forest L. Rev*, 2009, 353 ss.
- DELGADO R., *Words that wound: a tort action for racial insults, epithets and name calling*, in *17 Harv. Civil Rights L. Rev*, 1982, 133 ss.
- DELLA VALENTINA J., *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection*, in *Sistema Penale*, 24 novembre 2022, 1 ss.
- DI GIOVINE A., *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005.
- DI GIOVINE O., *"Salti mentali" (analogia e interpretazione nel diritto penale)*, in *Questione giustizia*, 2018, 55 ss.
- DI STASI A., *Introduzione alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2022.
- DŁUGOSZ J., *The principle of Proportionality in EU Law as a Prerequisite for Penalisation*, in *Adam Mickiewicz University Law Review*, 2017, 283 ss.

- DODARO G., *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 1403 ss.
- DOLCINI E., *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 7 ss.
- DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006.
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 1 ss.
- DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 1174.
- DONINI M., *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 1 ss.
- DONINI M., *La riserva di codice (art 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *La Legislazione penale*, 2018, ss.
- DONINI M., *Negazionismo e protezione della memoria. L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale* in *Sistema penale*, 2018, 1 ss.
- DONINI M., *La riparazione non è buonismo: è la differenza tra pena e riscatto*, in, *Il riformista*, 6 settembre 2022.
- DONINI M., *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in, *Sistema penale*, 2022, 1 ss.
- DONINI M., *Diritto penale. Parte generale*¹, I, Milano, 2024.
- DOUGLAS-SCOTT S., *The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European approaches*, in *William and Mary Bill of rights Journal*, 1999, 305 ss.
- DRAGO G., *L'ordre public et la Constitution*, in *Archives de philosophie du droit*, 2015, 199 ss.
- DUBBER M.D., (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, 2014.

- DUFF R., *Proportionality and the Criminal Law. Proportionality of What to What?* in E. BILLIS E., KNUST N., RUI J.P. (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart Publishing, 2021, 29.
- EBERLE, E.J., *Public Discourse in Contemporary Germany*, in *Case Western Reserve Law Review*, 1997, 47, no. 3, 797 ss.
- ELHOLM T., *The Emotional Component of Proportionality*, in BILLIS E., KNUST N., RUI J. P. (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart Publishing, 2021, 80.
- ERRERA, R., *In defense of civility: Racial Incitement and Group Libel in French Law*, in S. COLLIVER, *Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*, Londra, Article 19, 1992, 144.
- FALCONI F., *Il discorso d'odio omofobico davanti alla Corte di Strasburgo e l'applicazione della 'ghigliottina': riflessioni a margine della decisione Lenis c. Grecia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2025, 435 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989.
- FERRARI G., *Le libertà e i diritti: categorie concettuali e strumenti di garanzia*, in P. CARROZZA, A DI GIOVINE, G. F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, 1058-1062
- FIANDACA G., *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in A. M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 5 s.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*⁸, Torino, 2023, *Addenda Riforma Cartabia. Diritto penale sostanziale e giustizia riparativa*, §6.
- FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014.
- FINOCCHIARO S., *L'attesa sentenza delle Sezioni Unite sul sequestro e la confisca nel concorso di persone nel reato: un'importante svolta in tema di natura (ripristinativa) della confisca "per equivalente" e di (ri)qualificazione della confisca del denaro*, in *Sistema penale*, 2025, §§1 ss.
- FIORE C., *I reati di opinione*, Padova, 1965.

- FIGLIORE, *I limiti dell'espressione dell'antagonismo politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 893 ss.
- FLAUSS, J., *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in 84 *Indiana. Law Journal*, 2009, 809 ss.
- FORNASARI G., *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1514 ss.
- FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in, DOLCINI E., PALIERO C.E., a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 305 ss.
- FORTI G., *Le tinte forti del dissenso nell'epoca dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?* In *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2016, 1034 ss.
- FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014.
- FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014.
- FRONZA, E., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012.
- FRONZA, E., *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, 27 ss.
- FRONZA, E., *Memory and punishment. Historical Denialism. Free Speech and the Limits of Criminal Law*. Berlin, Heidelberg, 2018.
- GALETTA, D.U., *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1999, 743 ss.
- GALLETTA D.U., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, 903 ss.
- GALLO E., *Il pensiero di Francesco Carrara nella cultura del suo tempo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 765 ss.

- GALLUCCIO A., *Non solo proporzionalità della pena: la corte EDU ancora sul bis in idem. Nota a C. Edu, sez. II, sent. 16 aprile 2019, Bjarni Armannsson c. Islanda*, in, *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 1 ss.
- GALLUCCIO A., *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di Internet*, Milano, 2020.
- GALLUCCIO A., *Libertà di espressione e chilling effect*, in M. Galli, N. Recchia, a cura di, *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, Napoli, 2023, 181 ss.
- GATTA G.L., GIALUZ M. (dir.), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, IV, A. CERETTI, G. MANNOZZI, C. MAZZUCATO (a cura di), *La disciplina organica della giustizia riparativa*, Torino, 2024.
- GAUTRON V., RAPHALEN P., *Les stages: une nouvelle forme de pénalité*, in *Déviance et Société*, 2013, 27 ss.
- GAVRIELIDES T., *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the discrepancy*, RJ4All, 2020.
- GIACONA I., *I due ne bis in idem, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti*, in *Sistema penale*, 5 ottobre 2023, 1 ss.
- GIOSTRA G., INSOLERA G. (a cura di), *Costituzione diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998.
- GIOVINE A.D., *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005.
- GIRANI R., BOTTO M., *Luci e ombre della giustizia riparativa, con particolare riferimento al contesto della violenza domestica*, in *Cammino diritto*, 2023, 1 ss.
- GOISIS L., *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale (commento a CEDU, Sez. V, Vejdeland e altri c. Svezia, ric. n. 1813/07, 9 febbraio 2012)*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 418 ss.
- GOISIS L., *Crimini d'odio, Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, 2019.
- GRECO .L., *Lo vivo y lo muero en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*, Marcial Pons, 2015.

- GRIMM D., *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in 57 *U. Toronto L. J.*, 2007, 383 ss.
- GROSSIO L. MONTALDO S. MITSILEGAS V. (eds.), *Proportionality of Criminal Penalties in EU Law*, Hart Publishing, 2025.
- GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale* ⁴, Milano, 2023.
- GULLO A., *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore*, Roma, 2013.
- HARCOURT B.E., *Beccaria's On Crimes and Punishments. A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*, in M. D. DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, 2014, 46 s.
- HARE I., *Extreme speech under International and Regional Human Rights Standards* in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 76 s.
- HARE I., WEINSTEIN J., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009
- HAREL A., *Hate Speech* in A. STONE, F. SCHAUER, *Oxford Handbbook of Freedom of Speech*, Oxford University Press, 2021, 477 ss.
- HERZ M., MOLNÀR P. (eds.), *The content and Context of Hate Speech. Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, 2012.
- HEYMAN S., *Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment*, in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 230 ss.
- HOCHMANN, T., *Du lustre après dix lustres: la loi de 1972 contre le racisme a cinquante ans*, in, *La Revue des droits de l'homme*, 2022, 1 ss.
- HONIG R., *Die Einwilligung des Verletzten*, Lizpig, 1919.
- HÖRNLE T., "Rights of Others" in *Criminalisation Theory*, in AP SIMESTER, A. DU BOIS-PEDAIN, U. NEUMANN, (eds.), *Liberal Criminal Law Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, Hart Publishing, 2014, 170 ss.

- HÖRNLE T., *PJA von Feuerbach and his Textbook of the Common Penal Law*, in M. D. DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, 124 ss.
- IGANSKI, *Hate crime and the City*, Policy Press, 2008, 6 ss.
- JOHNSON P., *Homophobic Hate Speech and Article 17 ECHR: The Evolving Approach of the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2024, 427 ss.
- JOHNSTONE G., VAN NESS D.W., *Handbook of Restorative Justice*, London, 2013.
- JOHNSTONE G., VAN NESS D.W., *The meaning of restorative justice*, in JOHNSTONE G., VAN NESS D.W., *Handbook of Restorative Justice*, London, 2013, 6.
- JONES V.M., *Defamation and the Right to Freedom of Speech. The UK in Comparative Perspective*, Routledge, London, 2024.
- KEANE D., *Attacking hate speech under article 17 of the European Convention on human rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, 641 ss.
- KOMMERS, D., *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1997.
- LAWRENCE C., *'If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus'*, in *Duke Law Journal*, 1990, 431 ss.
- LEOTTA, C., *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte EDU sul genocidio armeno (2015)*, CEDAM, 2016.
- LESSIG L., *Post Constitutionalism*, in *Michigan Law Review*, 1996, 1422 ss.
- LOBBA, P., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di Negazionismo*, in *Ius17@Unibo.it*, Bologna, 2011, 109 ss.
- LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1815 ss.
- LOBBA, P., *Holocaust denial before the European Court of Human Rights: evolution of an Exceptional Regime*, in *The European Journal of International Law*, 2015, 237 ss.

- LOBBA, P., *Testing the “uniqueness”: denial of the Holocaust vs denial of other crimes before the European Court of Human Rights*, in *DPC*, 2016, 1 ss.
- LOEWENSTEIN, K., *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *31 American Political Science Review*, 1937, 417 ss.
- LOSAPPIO, G., *Riserva di codice. La ricodificazione che decodifica (codex reloaded)*, in *Archivio penale*, 2023, 1 ss.
- LÜBBE-WOLFF G., *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court*, in *34 HRLJ* 12, 2014, 12 ss.
- LUTHER J., *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2008, 5, 1193 ss.
- MADIAN., *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, Padova, 2020.
- MAGGIO P., *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. Disciplina organica e aspetti di diritto processuale*, in *Sistema penale*, 2023, 1 ss.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 99 ss.
- MANES V., *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il Libro dell'anno del Diritto*, Roma, 2016, §1 ss.
- MANES V., *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2016, 2105 ss.
- MANETTI M., *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE. *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, 107 ss.
- MANGIAMELI S. (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006.

- MANNA A., *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989.
- MANNA A., *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993.
- MANNOZZI G., *Definizioni, principi generali, obiettivi e ambito di applicazione della giustizia riparativa*, in G. L. GATTA, M. GIALUZ (dir.), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, IV, A. CERETTI, G. MANNOZZI, C. MAZZUCATO (a cura di), *La disciplina organica della giustizia riparativa*, Torino, 2024, 61 s.
- MANNOZZI G., LODIGIANI G.A., *Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 142 ss.
- MANNOZZI G., LODIGIANI G.A., *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*², Torino, 2025, 197.
- MANNOZZI G., *Riforma Cartabia: profili di diritto sostanziale - Gli effetti trasformativi della disciplina organica in materia di giustizia riparativa*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, 955 ss.
- MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale. Parte generale*¹², CEDAM, 2023.
- MARGUET L., *La répression de la provocation, de la diffamation et des injures non publiques représentant un caractère raciste ou discriminatoire en France. À propos du décret n° 2017-1230 du 3 août 2017* in *Revue de droits et liberté fondamentaux*, 2019, 1 ss.
- MARSHALL T., *Restorative Justice. An Overview. A report by the Home Office Research Development and Statistics Directorate*, London, 1999.
- MASSEY C., *Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression*, in *40 Ucla Law Review*, 1992, 103 ss.
- MATSUDA M., *Public response of Racist Speech: considering the victim's story*, in *87 Mich. L. Rev.*, 1989, 2320 ss.
- MATTEVI E., *Una nuova frontiera per la giustizia riparativa: l'illecito online*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 2025, 223 ss.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

- MAZZACUVA F., *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in *Discrimen*, 2020, 1 ss.
- MAZZACUVA F., ODRIOZOLA GURRUTXAGA M., RECCHIA N., SANTANGELO A. (eds.), *Criminal Justice in the Prism of Human Rights, X AIDP International Symposium for Young Penalists*, Maklu, 2023.
- MAZZACUVA F., *La confisca dei proventi in cerca di uno statuto: la svolta delle Sezioni Unite. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, sent. 26 settembre 2024, dep. 8 aprile 2025, n. 13783, Pres. Cassano, rel. Silvestri, ric. Massini e a.*, in *Cass. pen.*, 2025, 3495 ss.
- MAZZANTI E., *Il problema degli obblighi convenzionali di tutela penale. Gli effetti espansivi della penalità derivanti dalla protezione dei diritti umani*, Torino, 2025.
- MAZZANTI E., *Oltre l'abuso d'ufficio: obblighi internazionali d'incriminazione e sindacato di costituzionalità*, in *Diritto Penale e Processo*, 2025, 1285 ss.
- MBONGO P., *Hate speech, extreme speech and collective defamation in French Law*, in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 281 s.
- MCGONAGLE T., *A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering "Hate Speech"*, in HERZ M., MOLNÀR P., *The content and context of hate speech*, Cambridge, 2012, 484.
- MCGONAGLE T., MCGONAGLE M., Ó FATHAIG R., *Freedom of expression and Defamation. A Study of the Case Law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, 2016.
- MEIKLEJOHN A., *Political Freedom: The Constitutional Powers of the people*, Greenwood Pub Group, 1960, 75.
- MENÉNDEZ A.J., *The Guardianship of European Constitutionality: a structural Critique of European Constitutional Review*, in, ANDENAS M., BEKKEDAL T., PANTALEO L. (eds.), *The Reach of Free Movement*, Springer, 2017, 199.
- MERLI A., *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema, le fonti, le tecniche di tutela penale*, Napoli, 2006.
- MILITELLO E., *Giustizia riparativa, conflitti sociali e "hate incidents". Come la restorative justice può contribuire a diminuire i crimini d'odio*, in *Cass. pen.*, 2019, 1686 ss.

- MINISTERE DE LA JUSTICE, *Rapport sur la lutte contre le racisme, l'antisemitisme et la xenophobie 2017*, 2017, 5, www.cncdh.fr
- MOLINA A.R., *El art. 510 c.p. a examen: aspectos jurídico-penales de su regulación típica*, in *Revista Penal*, 2024, 223 ss.
- MONTALDO S., *Handle with care! The direct effect of the requirement of proportionality of sanctions and the remedy of disapplication: NE v. Bezirkshauptmann schaft Hartberg-Fürstenfeld*, in *60 Common Market Law Review*, 2023, 863 ss.
- MONTEALEGRE LYNETT E. (a cura di), *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, I, Bogotá, 2007.
- MUÑOZ A.G., *Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio*, in AA.VV. *Temas clave de derecho penal*, J.M. Bosch, 2021, 303.
- MYLONOPOULOS C., *The Contribution of Fuzzy Logic and Comparative Concepts to the Rational Approach to Proportionality Stricto Sensu*, in BILLIS E., KNUST N., RUI J.P., (eds.) *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart Publishing, 2021, 72 ss.
- NIETO C.C., *Crónica de Legislación*, in *Ars Iuris Salmanticensis*, 2023, 249 s.
- NISCO A., *Neokantismo e scienza del diritto penale*, Torino, 2019.
- ÖBERG J., *Conceptualising Proportionality and Criminal Sanctions in EU Law: Three Different Visions*, in GROSSIO L. MONTALDO S. MITSILEGAS V. (eds.), *Proportionality of Criminal Penalties in EU Law*, Hart Publishing, 2025, 35 s.
- OSORIO J.L.F., *Hateful speech. La expansion del discurso de odio*, in *Revista Electrónica de Criminología*, 2024, 1 ss.
- PACE A., MANETTI M., *Rapporti civili. Art. 21: la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna, Roma, 2006, 29 ss.
- PADOVANI T., *Francesco Carrara e la teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 866 ss.

- PADOVANI T., a cura di, *Codice penale*, II, Milano, 2019.
- PADOVANI T., *Diritto Penale*¹³, Milano, 2023.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale 2*, Milano, 1980.
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in GIOSTRA G., INSOLERA G. (a cura di), *Costituzione diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, 68 ss.
- PALOMBO E., *I Diritti dell'Uomo. Dei Delitti e delle Pene a 250 anni dalla pubblicazione*, 2016, Torino.
- PALOMBO E., *Il rispetto della persona umana*, in PALOMBO E. (a cura di), *I Diritti dell'Uomo. Dei Delitti e delle Pene a 250 anni dalla pubblicazione*, 2016, Torino, 156 ss.
- PAOLETTI S., *Giustizia riparativa: uno strumento per la tutela sostanziale della vittima*, in *Cass. pen.*, 2017, 1733 ss.
- PAPA M., *Codici e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2019, 417 ss.
- PAPA M., *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2019.
- PAPA M., *Genesi e governo delle qualificazioni giuridiche multiple: questioni di fondo e prospettive attuali del concorso apparente di norme*, in CADOPPI A. CANESTRARI S. MANNA A. PAPA M., (dir.), *Diritto penale*, I, Utet, 2022, 773 ss.
- PARISI F., *Giustizia riparativa e sistema penale*, Torino, 2025.
- PAVICH, G., BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 1 ss.
- PEACOCK R., *Reconceptualising hate crime in a restorative framework*, in, *The International Journal of Restorative Justice* 2020, 458 ss.
- PELISSERO M., *Considerazioni sulle proposte di legge nn. 107, 569, 868, 2155, 2255 - Modifiche agli artt. 604-bis e 604-ter c.p. in materia di violenza o discriminazione per*

motivi di orientamento sessuale o identità di genere. Camera dei deputati, Audizione del 18 febbraio 2020 in <https://www.camera.it>

- PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000.
- PELISSERO M., *The Influence of Proportionality of Penalties Derived from EU Law on Domestic Criminal Legislation and Sentencing*, in GROSSIO L. MONTALDO S. MITSILEGAS V. (eds.), *Proportionality of Criminal Penalties in EU Law*, Hart Publishing, 2025, 409 ss.
- PELISSERO, M., *Osservazioni critiche sulla legge in materia di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 1197 ss.
- PELISSERO, M., *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *GenIUS*, 2015, 14 ss.
- PELISSERO, M., *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Diritto penale e processo*, 2020, 1017 ss.
- PETERSEN N., *Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court*, in *Global Constitutionalism*, 2015, 49 ss.
- PICOTTI L., *Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in, *Giur. merito*, 2006, 1960 ss.
- PICOTTI L., *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale tra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, 117 ss.
- PIERDONATI M., *La confisca del profitto al vaglio delle Sezioni Unite: verso nuovi equilibri applicativi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2025, 2132 ss.
- PINO G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. Dir.*, 2009, 287 ss.
- PINTO M., *Rights-driven Global Penalty*, in F. MAZZACUVA, M. ODRIOZOLA GURRUTXAGA, N. RECCHIA, A. SANTANGELO (eds.), *Criminal Justice in the Prism of Human Rights, X AIDP International Symposium for Young Penalists*, Maklu, 2023, 23 ss.

- PONGOLINI G., *Una prima applicazione della c.d. aggravante di negazionismo: il giudice di legittimità tra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e i dubbi irrisolti sulla fattispecie di propaganda razzista*, in, *Indice penale*, 2023, 145 ss.
- PONGOLINI G., *Le Sezioni unite sulla chiamata del presente e il saluto romano: tra vecchie soluzioni e nuove ambiguità*, in *Cass. pen.*, 2025, 142 ss.
- POSCHER R., *Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights* in BILLIS E., KNUST N., RUI J.P. (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Hart Publishing, 2021.
- POST R., *Between governance and Management: the history of the public forum* in 34 *UCLA L. Rev.*, 1987, 1713.
- POST R., *Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*, in 64 *U. Colo. L. Rev.*, 1993.
- POST R., *Constitutional Domains. Democracy, Community, Management*, Harvard University Press, 1986 ss.
- PRANDI S., *L'uguaglianza violata. Uno studio sull'atto discriminatorio nel sistema penale*, Torino, 2024.
- PRANDI S., *Propaganda razzista e negazionismo: "autori in cerca di reato" in una recente pronuncia della Corte d'Appello di Milano*, in, *Sistema penale*, 2025, §1 ss.
- PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre. I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1 ss.
- PUGIOTTO A., *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 785 ss.
- PUGLISI G., *La "satira" negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in "rime sparse" sulla negazione dell'Olocausto. Nota a C. Edu, sent. 20 ottobre 2015 Dieudonné M'bala M'bala v. Francia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 1 ss.
- PULITANÒ D., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A. M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 158 s.

- PULITANÒ D., *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in G. VASSALLI (a cura di) *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 239 ss.
- PULITANÒ D., *Cura della verità e diritto penale*, in G. FORTI-G. VARRASO-M. CAPUTO (a cura di), *“Verità” del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 22 ss.
- PUGLISI G., *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2018, 1325 ss.
- PULITANÒ D., (a cura di), *Diritto Penale. Parte Speciale³, I, Tutela penale della persona*, Torino, 2019.
- PULITANÒ D., *Diritto penale¹⁰*, Torino, 2023.
- QUINT P.E., *Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*, in *48 MD. L. Rev.*, 1989, 247 ss.
- QUINTERO OLIVARES G. (dir.), MORALES PRATS (co.) F., *Comentarios al Código Penal Español⁷*, Tomo I, Aranzadi, 2016.
- QUINTERO OLIVARES G., *Sub Art. 22*, in G. QUINTERO OLIVARES (dir.), MORALES PRATS (co.), *Comentarios al Código Penal Español⁷*, Tomo I, Artt.1-232, Aranzadi, 2016, 14.
- RAMACCI F., *Corso di diritto penale³*, Torino, 2005.
- RAWLS, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993.
- RECCHIA N., *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *Eurojus*, 2018, 1 ss.
- RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020.
- RECCHIA N., *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2022, 1676 ss.
- RECCHIA N., *Diritto penale e chilling effect*, in M. GALLI, N. RECCHIA (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione. Atti del Convegno conclusivo del Progetto*

“*Collateral Effects and Sustainability of Criminal Law*”, 26 maggio 2023, *Università degli Studi della Tuscia, Viterbo*, Napoli, 2023, 73 ss.

RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V., *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012.

RIONDATO S. (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006.

RIPSTEIN A., (a cura di), *Immanuel Kant*, Routledge, 2016.

RIVERS J., *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in *65 Cambridge L. J.* 174, 2006, 174 ss.

ROCCO A., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. Prelezione al corso di diritto e procedura penale*, Università di Sassari, 1910.

ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano, 1913.

ROCHE D., *The evolving definition of Restorative Justice*, in *Contemporary Justice Review*, 2001, 4, 341 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano, 1987.

ROMANO M., *Pre-Art. 39*, in, ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano, 1987, 263.

ROSENFELD M., *Hate speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*, in *Cardozo L. Rev.*, 2003, 1523 ss.

ROSENFELD M., SAJÓ A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012.

ROXIN C., *Derecho Penal. Parte general 2*, I, trad. D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. De Vincente Remesal, Civitas, 1997, 54 s.

ROXIN C., *La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?*, in E. MONTEALEGRE LYNETT (a cura di), *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, I, Bogotá, 2007, 65 s.

- SADURSKY W., *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 2008.
- SANCHEZ B.F., *Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal)*, in, *La Ley*, 1998, 2267 s.
- SANTAMARIA D., *Per una storia del bene giuridico*, in *Studi Senesi*, 1964.
- SANTANGELO A., *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022.
- SCACCIA G., *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 2002, 409 ss.
- SCACCIA G., *Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of European Courts*, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo*, 2019, 1 ss.
- SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà d'espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009.
- SCHAUER F., *The Cost of Communicative Tolerance* in R. Cohen-Almagor, eds., *Liberal democracy and the limits of tolerance. Essays in Honor and Memory of Yitzhak Rabin*, University of Michigan Press, 2000, 28 ss.
- SCHLINK B., *Proportionality*, in ROSENFELD M., SAJÓ A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, 724.
- SCHWARZE J., *The principle of proportionality and the principle of impartiality in European Administrative Law*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, 53 ss.
- SCOLETTA M., *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in, *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 2021, 180 ss.
- SEMINARA S., *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *Diritto Penale e Processo*, 2022, 1381 ss.
- SENAC C.E., *Le contrôle des lois pénales incriminant des abus de la liberté d'expression par le Conseil constitutionnel*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, §1 ss.
- SIMESTER, A.P., DU BOIS-PEDAIN A., NEUMANN U., (eds.), *Liberal Criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, Hart Publishing, 2014.

- SINA P., *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Basel, 1962.
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione Europea dopo Lisbona*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 111 ss.
- SPECTOR C., *La bouche de la loi? Les figures du juge dans L'Esprit des lois*, in *Montesquieu Law Review*. 2015, 87 ss.
- SPENA, A., *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2016, 576 ss.
- SPIGNO I., *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Milano, 2018.
- SPIRITO U., *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, 1974.
- STEIN E., *History Against Free Speech: The New German Law Against the "Auschwitz" and Other "Lies"*, in *Michigan Law review*, 1986, 277 ss.
- STILE A.M. (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985.
- STOLLEIS M., *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*, in *Ratio Juris*, 2003, 277 ss.
- STOLLEIS V. M., RICCA C., PIETROPAOLI S. (trad. it.), *Storia del diritto pubblico in Germania, II, Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, Milano, 2014.
- STONE A., *Viewpoint Discrimination, Hate Speech Laws, and the Double-Sided Nature of Freedom of Speech*, in *32 Const. Comment.*, 2017, 687 ss.
- STONE A., SCHAUER F., *Oxford Handbbook of Freedom of Speech*, Oxford University Press, 2021.
- STONE SWEET A., MATHEWS J., *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*, Oxford University Press, 2019.
- STONE SWEET A., MATHEWS, J., *Proportionality balancing and global constitutionalism*, in *47 Columbia L. J. of Transantional Law*, 2008-2009, 68 ss
- SYLVESTER D., *Myth in restorative justice history*, in *Utah Law Review*, 2003, 1445 ss.
- TANZARELLA P., *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, Torino, 2020.

- TESAURO A., *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005.
- TESAURO A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013.
- THOMAS K., *Legge, razza e Diritti: "Critical Race theory" e politica del diritto negli Stati Uniti*, in *Filosofia del Diritto*, 2003, 447 ss.
- TORRES PÉREZ A., *La negación del genocidio ante la libertad de expresión: las inconsistencias de la stc 235/2007 al descubierto*, in *Revista Vasca de Administracion Publica*, 2007, 163 ss.
- TRIPODI A.F., *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Torino, 2022.
- UBERTIS G. (a cura di), *Sistema di procedura penale, II, Persone strumenti e riti*, Milano, 2020.
- UBERTIS G., VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*², Torino, 2022.
- UBILLOS J.B., *La negación de un genocidio no es conducta punible. Comentario de la STC 235/2007* in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2009, 299 ss.
- ULLA J.L., *Libertad de expression y discurso del odio*, in *Fragmentum*, 2018, 139 ss.
- VALLINI A., *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Diritto penale e processo*, 2018, 525 ss.
- VAN DROOGHENBROECK S., *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable?* in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, 541 ss.
- VASSALLI, G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000.
- VENTURI F., *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Torino, 1970.
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e pluralità di sistemi sanzionatori per lo stesso fatto*, in *Rivista delle Società*, 2023, 189 ss.

- VIGANÒ F., *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *Sistema penale*, 8 gennaio 2025, 1 ss.
- VISCONTI A., *Reputazione, Dignità, Onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2018.
- VISCONTI C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008.
- VISCONTI C., *Ancora bigotti? Noterelle anti-penalistiche su libera prostituzione e omofobia*, in *sistemapenale.it*, 2021, 1 ss.
- VOGENAUER S., WEATHERILL S. (eds), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, 2017.
- VON HIRSCH A., *Doing Justice. The choice of punishment*, Northeastern University Press, 1986.
- VON HIRSCH A., *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, in *16 Crime & Just.* 55, 1992, 55 ss.
- WALDRON J., *The harm in hate speech*, Harvard University Press, 2012.
- WALGRAVE L., *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Willam Publishing, 2008.
- WALTERS M., PATERSON J., BROWN R., *Enhancing Punishment or Repairing harms? Perceptions of Sentencing Hate Crime amongst Members of a commonly targeted Victim Group*, in, *British J. Criminology*, 2021, 61 ss.
- WEINSTEIN J., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009.
- WEINSTEIN J., *Hate Speech Bans, Democracy, and Political Legitimacy*, in, *Const. Comment.*, 2017, 465 ss.
- WEITEKAMP E.G.M., *The History of Restorative Justice*, in T. GAVRIELIDES (ed.), *Restorative Justice. Ideals and Realities*, London, Routledge, 2015, 75 ss.
- WHINE M., *Expanding holocaust denial and legislation against it* in I. HARE, J. WEINSTEIN, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009, 599 ss.
- YOUNG D., *Cesare Beccaria: Utilitarian or Retributivist?* in, *11 J Crim Justice*, 1983, 317 ss.

ZIEGLER K.S., NEUVONEN P.J., MORENO-LAX V. (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Elgar Editions, 2022.

Ringraziamenti

Il presente elaborato costituisce il frutto di un percorso in cui sono stati fondamentali il sostegno e l'assistenza ricevuti.

Desidero anzitutto esprimere un sentito e profondo ringraziamento al mio tutor, Prof. Francesco Mazzacuva, per la costante e inestimabile guida in ambito scientifico e per la generosa comprensione dimostrata sul piano umano.

Rivolgo inoltre un vivo ringraziamento al Prof. Alberto Cadoppi per i preziosi consigli e per gli stimolanti spunti offerti nelle diverse fasi del dottorato. Esprimo la mia sincera gratitudine alla Prof.ssa Malaika Bianchi per non avermi mai fatto mancare la disponibilità al confronto, unita alla sensibilità e all'empatia dimostrate. Un sincero grazie anche al Prof. Paolo Veneziani per le interessanti conversazioni in materia di diritto penale e attualità.

Un pensiero affettuoso e riconoscente va a tutti i membri della cattedra di diritto penale, con particolare riguardo alla Prof.ssa Francesca Consorte e al Dott. Alessandro Codèn, che hanno condiviso con me il tratto conclusivo del percorso, arricchendolo e rendendolo più vivo.

Un ringraziamento va, infine, al Coordinatore del Corso di Dottorato, Prof. Fabio Salvatore Cassibba, per la cura e l'attenzione con cui ha accompagnato lo svolgimento del percorso.

Per quanto ogni parola rischi di essere riduttiva, desidero manifestare la mia più profonda riconoscenza alla mia famiglia per l'indefettibile sostegno prestatomi in questi anni, anche nei momenti di difficoltà.