

## LE FORME DELL'ODIO. UN POSSIBILE BILANCIAMENTO TRA IRRILEVANZA PENALE E REPRESSIONE

di Laura D'Amico

(Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche, Università di Messina)

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica. - 2. Gli *hate crimes*. - 2.1 Una particolare forma di *hate crime*: l'*hate speech*. - 3. Per una prospettiva interna: gli artt. 604 *bis* e 604 *ter* Cp - 4. L'aggravante del negazionismo (art. 604 *bis* co. 3 Cp). - 5. Il complesso rapporto tra discorsi d'odio e libertà di manifestazione del pensiero. - 6. L'attualità del problema: il caso *Pastörs c. Germania*. - 7. Un rapido *excursus* comparatistico: modello multiculturale ed assimilazionista a confronto - 8. Qualche sintetica considerazione sul trattamento sanzionatorio. - 9. Riflessioni conclusive.

1. Rifuggendo dall'idea di un'incriminazione dettata dal principio di precauzione – utile *deus ex machina* da evocare in presenza di un sostrato concettuale e normativo caratterizzato da una notevole incertezza cognitiva circa gli effetti dannosi ipotizzabili come conseguenza di determinate attività<sup>1</sup> – la normativa antidiscriminatoria (tanto nella sua componente materiale quanto nella sua forma dialogica) si prefigge l'obiettivo di ergersi a custode della dignità *individuale* e *collettiva* della persona.

Prendendo le mosse da un generale inquadramento sintetico e sistemico dei crimini d'odio, questo scritto tenterà di addentrarsi nei meandri dell'incriminazione del linguaggio, inteso come discorso discriminatorio<sup>2</sup> e, in particolare, del discorso negazionista<sup>3</sup>.

L'analisi dell'inevitabile scontro della succitata normativa con il diritto alla libera manifestazione del pensiero mostrerà come una tutela a oltranza di quest'ultimo non appaia configurabile, principalmente in ragione del bilanciamento<sup>4</sup> tra beni giuridici che il giudicante sarà chiamato di volta in volta ad operare. Che dall'incriminazione di tali condotte non si potesse prescindere emerge dall'obbligo

<sup>1</sup> A. Tesauro, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *RIDPP*, 2016, 967.

<sup>2</sup> Sul tema, tra gli altri, G. de Vero, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, a cura di G. de Vero, G. Panebianco, Torino 2007, 46 ss.; F. Guella, C. Piciocchi, *Libera manifestazione di pensiero tra fatti di sentimento e fatti di conoscenza*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013, 849 ss; A. Vallini, *Criminalizzare l'hate speech per scongiurare la collective violence? Ipotesi di lavoro intorno al reato di "propaganda razzista"*, in *Studi sulla questione criminale*, 2020, 33 ss.

<sup>3</sup> In argomento, v. E. Fronza, *Memory and Punishment. Historical denialism, free speech and the limits of criminal law*, Berlino 2018; A. Pugiotta, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15.7.2013; M. Spatti, *Hate Speech e negazionismo tra restrizioni alla libertà di espressione e abuso del diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 341 ss; E. Venafro, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 2018.

<sup>4</sup> Sui modelli di bilanciamento, A. Tesauro, *La propaganda razzista*, cit., 972 ss. Un primo modello appare fondato sull'equilibrio riflessivo intercorrente tra libertà di parola e dignità personale ed un secondo modello è invece basato sul rapporto tra libera manifestazione del pensiero e dignità di gruppo.

internazionale di repressione dei discorsi d'odio – dotati di una concreta pericolosità – derivante dalla presenza, nella nostra Carta Costituzionale, dell'art. 117 Cost., che ci impone di prestar fede agli impegni assunti in sede sovranazionale (uno per tutti, quello sancito con la sottoscrizione della Convenzione di New York sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1966)<sup>5</sup>.

Prendendo spunto da una recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul tema, si coglierà l'occasione per un'analisi a rime sparse sul fenomeno del negazionismo<sup>6</sup>, sulla risposta sanzionatoria apportata dall'ordinamento italiano e sull'approccio adottato, in particolare dalla Corte di Strasburgo, nella risoluzione di contrasti intercorrenti tra il diritto alla libertà di espressione e la clausola di abuso del diritto di cui all'art. 17 Cedu, erto dalla Corte a scudo protettivo contro il fenomeno negazionista genericamente inteso.

In questa prospettiva, occorre chiedersi se sia sufficiente che la manifestazione di un'opinione sia falsa o riprovevole per giustificare l'applicazione di una sanzione penale. E, soprattutto, interrogarsi sul perché la libera manifestazione del pensiero vacilli inevitabilmente quando si chiama in gioco il fenomeno della Shoah.

Tentiamo di ipotizzare qualche risposta.

2. Per quanto l'espressione "crimine d'odio" possa apparire, a prima vista, inafferrabile, in verità diverse sono state le proposte definitorie avanzate in materia<sup>7</sup>.

Probabilmente la definizione che oggi merita di trovare maggiore consenso è quella fornita dall'OSCE (l'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in

---

<sup>5</sup> Sulla questione dei rapporti tra diritto penale e diritto dell'Unione Europea, AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*<sup>3</sup>, a cura di R. E. Kostoris, Milano 2017; AA.VV., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano 2011.; R. Sicurella, V. Mitsilegas, R. Parizot, A. Lucifora, *General principles for a common criminal law framework in the EU*, Milano 2017.

<sup>6</sup> Sul negazionismo v., tra gli altri, D. Brunelli, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *RIDPP*, 2016, 978 ss.; M. Caputo, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7.1.2014; Ora anche in AA.VV., «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, a cura di G. Forti, G. Varraso, M. Caputo, Napoli 2014; A. di Martino, *Assassini della memoria: strategie argomentative in tema di rilevanza (penale) del negazionismo*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Padova 2016, 193 ss.; E. Fronza, A. Gamberini, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23.10.2013; E. Fronza, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, n. 30; Ead., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *RIDPP*, 2016, 1016 ss.; L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli 2019; S. Parisi, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 879 ss.; A.S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo reato di negazionismo*, in *DPenCont*, 2016, 280 ss.

<sup>7</sup> Per una puntuale ricostruzione delle alternative definitorie concernenti gli *hate crimes*, v. da ultimo L. Goisis, *Hate Crimes: perché punire l'odio. Una prospettiva internazionale, comparatistica e politico-criminale*, in *RIDPP*, 2018, 2021 s. Secondo B. Perry «il crimine d'odio (...) comporta atti violenti ed intimidatori, generalmente diretti verso gruppi già oggetto di marginalizzazione e stigmatizzazione. Così inteso, è un meccanismo di potere e di oppressione, teso a riaffermare le precarie gerarchie che caratterizzano un dato ordine sociale (...)» in B. Perry, *In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes*, Londra 2001, 1 e 10. Ancora, secondo N. Chakraborti i crimini d'odio vanno individuati in quegli «atti di violenza, intimidazione e ostilità diretti verso persone a causa della loro identità o della loro percepita diversità» in N. Chakraborti, J. Garland, *Hate Crime. Impact, Causes, and Responses*, Los Angeles-Londra 2015, 5. Da ultimo F. Lawrence definisce l'*hate crime* – o meglio il *bias crime* – come un «crimine commesso per un motivo di pregiudizio (*bias*) contro una "caratteristica protetta", propria di un gruppo» in F. M. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes under American Law*, Cambridge 1999, 9.

Europa), secondo la quale gli *hate crimes* costituiscono «violente manifestazioni di intolleranza dotate di un profondo impatto non solo sulla vittima diretta bensì anche sul gruppo con cui la vittima si identifica. Essi colpiscono la coesione della comunità e la stabilità sociale. Pertanto, una risposta vigorosa è importante sia per la sicurezza individuale che per quella comune»<sup>8</sup>.

Da questa sintetica quanto efficace definizione pare possibile trarre alcuni punti fermi.

Innanzitutto, la bidirezionalità del crimine: esso mira a danneggiare non soltanto il singolo, ma anche il gruppo cui il singolo appartiene. La vittima del crimine d'odio viene scelta non in base alle proprie caratteristiche personali quanto, piuttosto, in base a ciò che rappresenta ed alla sua appartenenza ad una certa categoria. Colpendo il singolo l'autore di una simile condotta intende, invero, mandare un messaggio discriminatorio all'intero gruppo di appartenenza: la vittima prescelta costituisce mero veicolo di tale messaggio; non è un caso, infatti, che tali crimini siano stati altresì definiti, proprio dall'OSCE, come "simbolici"<sup>9</sup>.

Effetti di tale simbolismo possono rinvenirsi nell'analisi delle conseguenze di siffatti crimini. Essi non si arrestano alla sfera personale della vittima individuata ed hanno la capacità di propagarsi sino all'*animus* di tutti coloro che appartengono alla medesima categoria del soggetto direttamente fatto oggetto del crimine d'odio. Il gruppo avverte la minaccia veicolata per il tramite dell'*hate crime* ed ogni appartenente ad esso patisce l'ansia di poter subire a sua volta crimini discriminatori, in ragione di una propria caratteristica personale, spesso immutabile e palese (come, ad esempio, il colore della pelle)<sup>10</sup>.

Le conseguenze, dirette e indirette, di tale genere di crimini li rendono differenti da qualsiasi altro genere di illecito. L'*hate crime* è capace di innescare un processo di vittimizzazione delle minoranze, tale per cui la vittima patisce effetti pregiudizievole sia a livello psicologico che sociale. Lo *stress psicologico da reato* cui va incontro la vittima diretta del crimine d'odio – fermo restando il personale processo di vittimizzazione di ciascun individuo, fondato sulle proprie caratteristiche personali e sul contesto fattuale del reato – può condurre ad un processo di *rivittimizzazione* in quanto la vittima del reato, sentendosi più vulnerabile, potrebbe apparire maggiormente esposta ad analoghe condotte penalmente rilevanti<sup>11</sup>.

Tale genere di crimini appare inoltre idoneo a generare la c.d. «violenza

---

<sup>8</sup> Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihr, Varsavia 2009, 11: «Hate crimes are violent manifestations of intolerance and have a deep impact on not only the immediate victim but the group with which that victim identifies him or herself. They affect community cohesion and social stability. A vigorous response is therefore, important both for individual and communal security».

<sup>9</sup> Osce, *op. cit.*, 17.

<sup>10</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*. cit. 151 s.

<sup>11</sup> Sul processo di vittimizzazione primaria, neutralizzazione in sede processuale e vittimizzazione secondaria, M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli 2015, 51 ss. L'A. evidenzia come la "neutralizzazione" che la vittima spesso subisce in sede processuale, a causa del ruolo secondario che ella ricopre nell'ambito di un processo, potrebbe essere percepita dalla persona offesa come una manifestazione della scarsa sensibilità dello Stato verso i suoi bisogni. L'A. si concentra poi sul processo di vittimizzazione secondaria il quale si riferisce alle conseguenze negative, dal punto di vista emotivo e relazionale, che possono derivare alla vittima dall'impatto con un apparato giudiziario diffidente nei confronti della persona offesa.

epistemica», ossia «l'interiorizzazione di un'auto-rappresentazione di sé basata su classificazioni identitarie etero-prodotte e debilitanti per la propria persona»<sup>12</sup>.

In secondo luogo, la definizione fornita dall'OSCE evidenzia l'impatto che tali crimini possono avere sulla coesione di una società e sulla stabilità di quest'ultima. Non è un caso, infatti, che i primi studi concernenti l'individuazione del bene giuridico protetto da siffatto genere di norme collocassero i delitti d'odio nell'ambito della tutela dell'ordine pubblico<sup>13</sup>. Tali crimini posseggono la capacità di minare alcuni dei valori fondamentali su cui si basano le moderne società democratiche, tra cui la sicurezza dei membri che ivi convivono e la loro uguaglianza e pari dignità. Essi danneggiano le società eterogenee, strutturalmente multiculturali, ingenerando comuni sentimenti di ansia e paura<sup>14</sup>.

Proseguendo nella propria analisi l'OSCE afferma come i crimini d'odio siano in realtà composti da due elementi: una "*criminal offence*", ossia la commissione di un qualsiasi reato, e un c.d. "*bias motive*", cioè un motivo di pregiudizio che la supporta<sup>15</sup>. Come condivisibilmente affermato da parte della dottrina<sup>16</sup>, la definizione di "*bias crime*" apparirebbe più confacente al fine di raggiungere una maggiore comprensione del fenomeno dei crimini d'odio, proprio in quanto si tratta di crimini sorretti e motivati dal pregiudizio. Per tale ragione sembra potersi affermare che tale espressione possa essere usata come sinonimo della ben più nota espressione "*hate crime*".

Il menzionato pregiudizio viene indirizzato nei confronti di un gruppo di categorie protette, più o meno storicamente oggetto di discriminazione. Il fenomeno migratorio ha di certo contribuito ad acuire e fomentare l'odio nei confronti del "diverso". La contemporanea presenza, all'interno di un certo territorio, di diverse culture minori può portare il gruppo dominante a servirsi della discriminazione per emarginare il gruppo minoritario<sup>17</sup>. Le possibili «politiche della differenza»<sup>18</sup> oscillano tra due principali modelli: il modello assimilazionista<sup>19</sup> (che si ispira al principio di uguaglianza formale e ad una asettica neutralità dello Stato davanti alle differenze culturali) ed il modello multiculturalista<sup>20</sup> (che, invece, valorizza le specifiche identità delle minoranze ispirandosi ad una tolleranza fondata sulla logica dell'uguaglianza sostanziale). Sembra potersi condividere l'opinione di quanti sostengono che «un

<sup>12</sup> A. Tesauro, *La propaganda razzista*, cit., 966.

<sup>13</sup> Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione del bene giuridico oggetto di tutela delle norme antidiscriminatorie, cfr. G. Puglisi, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva*, in *RIDPP*, 2018, 1329 ss.

<sup>14</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 153 s.

<sup>15</sup> Osce, *op. cit.*, 16.

<sup>16</sup> Per tutti, L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 30.

<sup>17</sup> L. Goisis, *op. ult. cit.*, 245.

<sup>18</sup> In ordine alle politiche della differenza ed alla ricostruzione del rapporto tra modello assimilazionista e modello multiculturalista riportato nel seguito della trattazione, v. C. Grandi, *A proposito di reati culturalmente motivati*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3.10.2011, 3 s. Diffusamente sul tema F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano 2010; A. Bernardi, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino 2010; C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa 2010.

<sup>19</sup> Modello adottato in Francia, finalizzato a neutralizzare le diversità degli stranieri e ad assimilarli alla cultura francese. Per un approfondimento sul tema, v. da ultimo L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 107 ss.

<sup>20</sup> Modello adottato in Inghilterra ma rinvenibile anche nell'ordinamento americano, tedesco e spagnolo (seppur, quest'ultimo, in via moderata). Puntuale la ricostruzione effettuata da L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 45 ss.

modello di convivenza multiculturalista potrebbe contribuire, se non ad estirpare, quantomeno ad attenuare l'intolleranza di cui la violenza d'odio è espressione»<sup>21</sup>.

Non appare possibile, oggi, fornire una elencazione definitiva delle categorie meritevoli di protezione proprio in ragione della costante evoluzione cui tale materia è esposta. Deve pertanto rifiutarsi l'idea del "*numerus clausus*" delle categorie bisognose di protezione<sup>22</sup>. Accanto alle classiche caratteristiche individuate dall'OSCE – tra cui si annoverano razza, etnia, nazionalità e colore della pelle<sup>23</sup> – possono annoverarsi le ben più dibattute categorie del genere e dell'orientamento sessuale<sup>24</sup>.

Nel tentativo di delineare quali caratteristiche personali meritino di ergersi ad oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, l'OSCE evidenzia come i tratti essenziali fatti oggetto di discriminazione debbano connotarsi per la loro immutabilità e per l'irrinunciabilità rispetto alla persona offesa. Dovrebbe trattarsi di note comuni (possibilmente subito percepibili) che costituiscano il c.d. «*marker of group identity*»<sup>25</sup>: non basta che i membri del gruppo abbiano un certo elemento in comune, ma è, inoltre, fondamentale che questo dato connoti la categoria e consenta a tutti coloro che risultano accomunati da quella caratteristica di considerarsi come parte del "gruppo"<sup>26</sup>.

Tutt'oggi l'immutabilità viene utilizzata da parte di certi ordinamenti come argomento per negare al carattere dell'omosessualità<sup>27</sup> lo stesso livello di tutela che viene riconosciuto ad altre categorie considerate, invece, immutabili. Invero l'orientamento sessuale non sembra poter essere considerato una libera scelta, bensì una qualità insita nel soggetto discriminato<sup>28</sup>. Anche a voler ritenere diversamente, comunque, l'OSCE ammette che possano essere considerate fondamentali anche connotazioni "mutabili" nel corso del tempo, portando come esempio a sostegno del proprio orientamento il credo religioso<sup>29</sup>, da sempre considerato meritevole di tutela contro attacchi discriminatori.

Le incertezze connesse alla categoria degli *hate crimes* si acuiscono quando si tenta di approfondire una peculiare categoria di crimine d'odio, ossia il discorso d'odio.

<sup>21</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 247.

<sup>22</sup> L. Goisis, *op. ult. cit.*, 31.

<sup>23</sup> Osce, *op. cit.*, 45.

<sup>24</sup> Per una puntuale indagine sul tema, L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 339 ss. In particolare, sul rapporto tra *hate crimes* e diffusione dell'odio omofobico, L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16.11.2012.

<sup>25</sup> Osce, *op. cit.*, 38 ss.

<sup>26</sup> Per chiarire il proprio intendimento l'OSCE specifica che: «*For example, blue eyes may be described as an immutable characteristic, but blue-eyed people do not usually identify together as a group, nor do others see them as a cohesive group, and eye color is not typically a marker of group identity*».

<sup>27</sup> L. Goisis, *Libertà di espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *RIDPP*, 2013, 418 ss.

<sup>28</sup> L. Goisis, *Omosessualità, hate crimes e diritto penale*, in *Genlus*, 2015, 44 ss. Sul tema A. Pugiotta, *Aporie, paradossi ed eterogenesi dei fini nel disegno di legge in materia di contrasto all'omofobia e alla transfobia*; M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*; L. Imarisio, *Il reato che non osa pronunciare il proprio nome. Reticenze e limiti nel c.d. disegno di legge Scalfarotto*; M. Caielli, *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di hate speech*; L. Morassutto, *Omofobia e medioevo italiano*, contributi pubblicati in *Genlus*, 2015, 6 ss.

<sup>29</sup> Osce, *op. cit.*, 38.

2.1. Gli “*hate speeches*” costituiscono una *species* del *genus* “*hate crimes*”. Per quanto in Italia non esista ancora una puntuale definizione di tali crimini, in base alla Raccomandazione n. 20 del 1997 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sembra che con tale espressione si intenda riferirsi a «discorsi suscettibili di produrre l'effetto di legittimare, diffondere o promuovere l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di discriminazione o odio basate sull'intolleranza»<sup>30</sup>.

Essi difettano del primo degli elementi che compongono in genere i crimini d'odio, ossia la commissione di un reato: ove il discorso incriminato venisse depauperato del motivo di pregiudizio e dell'odio che muove le dichiarazioni esternate si tratterebbe di una condotta assolutamente lecita.

Intuitivo appare il richiamo ad una delle principali funzioni del dolo specifico, ossia «determinare la punibilità di un fatto che risulterebbe altrimenti lecito»<sup>31</sup>. La questione concernente l'elemento soggettivo che sorregge tale genere di crimini costituisce ancora materia dibattuta tra dottrina e giurisprudenza, dibattito del quale si darà atto nel prosieguo della presente trattazione.

Uno dei principali rischi connotati nell'incriminazione dei c.d. discorsi d'odio si individua nella possibile creazione di nuovi reati di opinione. Alla luce delle difficoltà definitorie connesse a tale genere di reati, appare condivisibile l'impostazione metodologica secondo cui il tema dei reati di opinione non vada affrontato unitariamente bensì in base ai singoli e specifici ambiti in cui la manifestazione del pensiero viene fatta oggetto di attenzione da parte del diritto penale<sup>32</sup>. Sembra però possibile individuare alcuni degli elementi comuni ricorrenti in ogni ipotesi di reato d'opinione: si tratta di fattispecie consistenti nella manifestazione di un pensiero critico – ad essere incriminata è, dunque, una condotta meramente comunicativa – idonea a turbare i valori morali sovra-individuali riconducibili a un'intera collettività<sup>33</sup>.

Alla luce di tale ricostruzione emerge, dunque, come la libera manifestazione del pensiero possa subire limitazioni nella circostanza in cui si renda necessario tutelare i valori morali della collettività. Tale inciso introduce quello che, senza tema di smentita, può essere considerato come il principale problema che si pone nella materia *de qua*, ossia la tensione che viene a crearsi tra il reato di opinione (*rectius*, discorso d'odio) e il principio della libera manifestazione del pensiero.

La dottrina penalistica si è da tempo interrogata sull'opportunità di sanzionare penalmente la manifestazione di un pensiero ove questo si ponga in contrasto con un valore di rango pari o superiore rispetto al diritto alla libertà di espressione. Come

---

<sup>30</sup> Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation no. r (97) 20 of the committee of ministers to member states on “hate speech”, Principle 1, in <https://rm.coe.int/1680505d5b>: «speech likely to produce the effect of legitimising, spreading or promoting racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of discrimination or hatred based on intolerance».

<sup>31</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna 2018, 389 ss.

<sup>32</sup> M. Pelissero, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *QuestG*, 2015, 38. Sul tema v. anche L. Alesiani, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano 2006.

<sup>33</sup> Per un approfondimento di tale puntuale definizione e ricostruzione si veda A. Spina, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *RIDPP*, 2007, 692 ss.

puntualmente statuito dalla Corte Costituzionale<sup>34</sup>, la via del bilanciamento<sup>35</sup> di interessi è quella che meglio si attaglia alla risoluzione del presente contrasto. Senza volersi dilungare sull'argomento – che sarà oggetto di analisi in seguito – pare possibile anticipare sin da ora come il giudizio di bilanciamento imponga una valutazione comparata tra la libera manifestazione del pensiero ed il contro-valore – munito di copertura costituzionale – che viene in gioco. Tuttavia, tale giudizio finisce, inevitabilmente, per essere condizionato dal contesto sociopolitico in cui i beni si inseriscono, rendendo il giudizio sulla legittimità dell'intervento penale non definibile in termini netti<sup>36</sup>.

Un argomento *ad adiuvandum* circa la legittimità dell'intervento penale in materia sembra potersi trarre proprio dall'analisi dei beni giuridici tutelati dalle norme volte a contrastare i discorsi d'odio: l'uguaglianza e la dignità. La dignità umana può essere definita come un valore *supercostituzionale*<sup>37</sup>: che essa costituisca oggi il bene giuridico protetto da parte delle norme antidiscriminatorie sembra ormai rappresentare un solido punto fermo<sup>38</sup>.

Per quanto resti latente il rischio di dar vita a norme che si pongano in contrasto con principi fondamentali dell'ordinamento penale, quali soprattutto la precisione e la sufficiente determinatezza – imprescindibili per orientare il comportamento del destinatario della norma medesima –, l'offensività e la proporzionalità<sup>39</sup>, non sembra

---

<sup>34</sup> Specificamente sul tema, la Corte Costituzionale ha dichiarato la prevalenza dell'art. 21 Cost. rispetto al disposto dell'art. 415 Cp, dichiarando quest'ultimo incostituzionale nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio tra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità. La Corte ha infatti chiarito che «le teorie della necessità del contrasto e della lotta tra le classi sociali sono dottrine che, sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza e delle concezioni e convinzioni politiche, sociali e filosofiche dell'individuo, appartengono al mondo del pensiero e dell'ideologia. L'attività di esternazione e di diffusione di queste dottrine, che non suscitano di per sé violente reazioni contro l'ordine pubblico o non sia attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, non ha finalità contrastanti con interessi primari costituzionalmente garantiti e pertanto qualsiasi repressione o limitazione di essa viola la libertà consacrata nell'art. 21 della Costituzione»: cfr. C. cost., 23.4.1974, n. 108, in *DeJure*. La Corte citava in tal sede un proprio precedente giurisprudenziale con il quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del primo co. dell'art. 272 Cp, sollevata in riferimento all'art. 21 Cost., cfr. C. cost., 6.7.1966, n. 87, in *DeJure*. Nelle pronunce ora citate la Corte Costituzionale ha riconosciuto la prevalenza del diritto alla libera manifestazione del pensiero sulle norme disciplinanti, rispettivamente, «l'istigazione a disobbedire alle leggi», con particolare riguardo all'odio fra le classi sociali (art. 415 Cp) e la «propaganda o apologia sovversiva o antinazionale» (art. 272 Cp, abrogato dall'art. 12 l. 24.2.2006 n. 85).

<sup>35</sup> In generale, sul tema del bilanciamento, v. A. Tesauro, *Corte Edu e Corte Costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24.6.2019 (Parte I) e 9.7.2019 (Parte II).

<sup>36</sup> M. Pelissero, *La parola pericolosa*, cit., 38 ss. Cfr. altresì gli importanti contributi critici di C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova 1972, e A. Tesauro, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino 2006, *passim*.

<sup>37</sup> L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova 2009, 237.

<sup>38</sup> 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*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13.10.2014, 13.

<sup>39</sup> Con specifico riguardo ai principi di tassatività e offensività, v. G. de Vero, *Corso di diritto penale, Parte Generale*, Torino 2020, 99 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, rispettivamente, 88 ss. e 164 ss.; F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova 2017, 61 ss. (per quanto concerne il principio di tassatività), 179 ss. (relativamente al principio di offensività); G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, Milano 2018, 10 ss. (in ordine al principio di offensività), 79 ss. (con riguardo al principio di tassatività). Sul tema v. anche F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?* in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 5.4.2017, 13 ss.; per un approccio "nuovo" al tema "classico" della legalità v. R.

comunque possibile esimersi dal ritenere necessario un intervento penale a fronte della lesione di beni di rango fondamentale quali la dignità umana. La stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sottolineato come il rispetto della dignità degli esseri umani costituisca il fondamento delle moderne società pluraliste. Su questa base può essere considerato necessario prevenire espressioni che diffondano forme d'odio fondate sull'intolleranza, ferma la necessità di prevedere sanzioni in linea con il principio di proporzionalità<sup>40</sup>.

L'esigenza di criminalizzare condotte e discorsi ispirati all'odio è stata avvertita tanto al di fuori dell'Unione Europea quanto al suo interno<sup>41</sup>, ragion per cui sembra oggi possibile affermare che le c.d. *hate crime laws* appaiano, seppur entro certi limiti, necessarie.

Non serve invocare l'indubbia componente simbolica<sup>42</sup> delle previsioni normative che sanzionano tale genere di reati. La loro incriminazione – come si è tentato di rendere evidente in queste sintetiche battute – trova efficace legittimazione nella tutela di beni giuridici di fondamentale portata: prima ancora di scomodare le fonti sovranazionali<sup>43</sup>, basti solo ricordare come il riferimento all'uguaglianza ed alla pari dignità sociale dei cittadini sia contenuto nello stesso art. 3 della nostra Costituzione per renderci conto di come il problema dell'incriminazione di condotte che mirano a mettere in pericolo siffatti beni non sia mera affermazione di principio.

In astratto, può condividersi l'opinione secondo cui il diritto penale, nel suo carattere sussidiario, non sarebbe lo strumento più adatto per fronteggiare tale genere di crimini e che tali condotte discriminatorie andrebbero disincentivate a livello culturale piuttosto che sanzionate penalmente<sup>44</sup>. Si ritiene, in verità, che in una società

---

Bartoli, *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sist. pen.*, 5, 3, 2020; M. Vogliotti, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, *ivi*. Sul punto v. anche A. Spena, *op. cit.*, 696.

<sup>40</sup> Comm. eur., 4.12.2003, *Gündüz c. Turchia*, § 40, 12.

<sup>41</sup> Per un esaustivo quadro comparatistico v. ampiamente L. Goisis, *Crimini d'odio*, *cit.*, 45 ss.

<sup>42</sup> In ordine all'uso simbolico del diritto penale AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), 21.12.2016. Efficace la definizione di D. Pulitanò, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), 28.10.2015, 10, secondo cui «l'aspetto simbolico, che pure è terreno di pericolose (o inutili) deformazioni del sistema penale, è un aspetto non trascurabile per una efficace comunicazione politica, anche a livello legislativo». Sul tema v. anche S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento 2018.

<sup>43</sup> Basti ricordare, a titolo meramente esemplificativo, il divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 Cedu ai sensi del quale «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

<sup>44</sup> «Una moderna società laica deve essere in grado di trattare i propri *monstra* ideologici - anche i più deformi e ributtanti! - con gli strumenti dialogici che le sono propri: quelli cioè del confronto aperto, della pubblicità della discussione, della garanzia della possibilità di replica, dell'espansione della cultura, dell'educazione e della informazione completa, e non quelli repressivi dell'intervento penale»: così S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I. *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano 2006, 150 ss. Si riallaccia espressamente a questa citazione M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in materia di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *DPP*, 2006, 1206. Rigido sul punto appare anche A. Spena, *op. cit.*, 717, il quale afferma che «in un sistema liberale e democratico, il rispetto di valori morali sovra-individuali – come il prestigio dello Stato o delle sue istituzioni, o il valore del rispetto delle leggi penali – non si impone con la forza, con la minaccia penale, ma piuttosto facendo in modo che le condizioni necessarie alla diffusione dei quei valori siano effettive».



democratica e multiculturale le norme discriminatorie non dovrebbero proprio avere ragion d'essere e che la condivisione delle diversità dovrebbe far parte del bagaglio culturale di ciascun consociato. Tuttavia, posto che tale scenario, per quanto auspicabile, non appare realistico, occorre prendere atto che una pena proporzionata – e non necessariamente detentiva – appare oggi il miglior strumento per arginare qualsivoglia condotta discriminatoria, specie alla luce della funzione<sup>45</sup> di «prevenzione generale positiva mediante orientamento culturale»<sup>46</sup> della pena medesima.

3. Fatta questa generale premessa sul sostrato teorico su cui si fonda la normativa intervenuta in materia antidiscriminatoria, possiamo adesso esaminare come la normativa italiana si sia adattata alle sollecitazioni sovranazionali del settore e come si sia arrivati all'introduzione nel nostro codice penale della Sezione I *bis* nel Capo relativo ai «Delitti contro la libertà individuale» ed alla consacrazione del c.d. «diritto a non essere discriminati»<sup>47</sup>.

Con l'entrata in vigore della l. 13.10.1975 n. 654, anche nota come Legge Reale<sup>48</sup>, viene data esecuzione alla Convenzione ONU «sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale» firmata a New York nel 1966. Segnatamente, l'art. 3<sup>49</sup> della suddetta legge incriminava chiunque diffondesse, in qualsiasi modo, idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o incitasse in qualsiasi maniera alla discriminazione o alla commissione di atti di violenza o provocazione alla violenza nei confronti di certe persone in quanto appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale. L'articolo incriminava, altresì, ogni organizzazione avente tra i suoi scopi l'incitamento all'odio o alla discriminazione razziale.

Con il d.l. 26.4.1993 n. 122<sup>50</sup>, convertito con modificazioni dalla l. 25.6.1993 n. 205 (c.d. Legge Mancino)<sup>51</sup>, vengono poi adottate ulteriori «misure urgenti in materia di

<sup>45</sup> In argomento, tra gli altri, G. de Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 6 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 737 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *op. cit.*, 15 ss.; sul tema della pena v. anche F. Mantovani, *op. cit.*, 713 ss.

<sup>46</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 331. *Contra* A. Cavaliere, *La discussione attorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in RIDPP, 2016, 999 ss.

<sup>47</sup> Diritto riconosciuto a livello internazionale all'art. 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (1948), all'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (1950) ed all'art. 2 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (1966). Per una definizione del concetto di «discriminazione» v. dir. 2000/43/CE del Consiglio, del 29.6.2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e dir. 2000/78/CE del Consiglio, del 27.11.2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Sulle possibili connessioni tra principio di uguaglianza e diritto penale v., tra gli altri, G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano 2013, e soprattutto G. Fiandaca, *Uguaglianza e diritto penale*, in AA.VV. *Le ragioni dell'uguaglianza*, a cura di M. Cartabia, T. Vettor, Milano 2009, 115 ss.

<sup>48</sup> In realtà, la normativa italiana ha avuto modo di conoscere, prima dell'entrata in vigore delle Legge Reale, la l. 20.6.1952 n. 645 nonché la l. 9.10.1967 n. 962. La prima, anche nota come c.d. Legge Scelba, ha dato attuazione alla XII disposizione transitoria e finale della Costituzione imponendo il divieto di riorganizzazione del partito fascista; la seconda, nota anche come legge per la «prevenzione e repressione del delitto di genocidio», prevede all'art. 8 che «chiunque pubblicamente istiga a commettere alcuno dei delitti preveduti negli articoli da 1 a 5, è punito, per il solo fatto della istigazione, con la reclusione da tre a dodici anni. La stessa pena si applica a chiunque pubblicamente fa l'apologia di alcuno dei delitti preveduti nel comma precedente».

<sup>49</sup> G.U. n. 337 del 23.12.1975.

<sup>50</sup> G.U. n. 97 del 27.04.1993.

<sup>51</sup> G.U. n. 148 del 26.06.1993. Commento di G.A. De Francesco, *Commento al d.l. 26.4.1993 n. 122 convertito con modifiche dalla l. 25.6.1993 n. 205 (Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa)*, in LP

discriminazione razziale, etnica e religiosa». La norma *de qua* aggiunge, al succitato art. 3 l. 654/1975, il fattore etnico tra i motivi idonei a connotare la propaganda discriminatoria ed introduce il fattore religioso tra i motivi di incitamento alla commissione di atti discriminatori. La normativa introduce, inoltre, all'art. 3 una circostanza aggravante per i reati commessi con finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso.

L'evoluzione normativa della materia prosegue con l'entrata in vigore della l. 24.2.2006 n. 85 recante «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione». L'art. 13<sup>52</sup> della suddetta legge interviene direttamente sull'art. 3 della Legge Reale sostituendo il termine "diffusione" con quello di "propaganda" ed il termine "incitamento" con quello di "istigazione"<sup>53</sup>.

Un importante punto di svolta circa l'evoluzione della materia si raggiunge con l'emanazione della Decisione Quadro 2008/913/GAI<sup>54</sup>, recante misure concernenti la «lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale». L'importanza della citata Decisione consiste certamente nell'incriminazione, all'art. 1 par. 1 lett. c, di «apologia, negazione o minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, 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, quando 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».

Tale DQ ha trovato attuazione per il tramite della l. 16.6.2016 n. 11555, che ha modificato l'art. 3 l. 654/1975 introducendo un nuovo co. 3 *bis*, il quale ha previsto «la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e

---

1994, 174 ss.

<sup>52</sup> G.U. n. 60 del 13.03.2006.

<sup>53</sup> Sul tema dell'istigazione a delinquere, G. de Vero, voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *DigDPen*, VII, 1993, 292; R. Dolce, *Istigazione a delinquere*, in *ED*, XXII, 1972, 955; M. Pelissero, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino 2010; G. Piffer, *In tema di istigazione a delinquere*, in *Jus*, 1977; F. Schiaffo, *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli 2004; A. Sereni, *Istigazione al reato e autoresponsabilità: sugli incerti confini del concorso morale*, Padova 2000; V. Zagrebelsky, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale, Parte Speciale*, Torino 1996, 537; Specificamente, nel settore dell'istigazione in ambito militare, P.P. Rivello, voce *Istigazione a delinquere nel diritto penale militare*, in *DigDPen*, VII, 1993, 293; T. Vitarelli, *L'istigazione di militari a delinquere tra diritto penale comune e militare*, in *RIDPP*, 1991, 1304; sull'apologia di delitti, tra gli altri, G. de Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico criminale*, Milano 1988; B. Olivero, voce *Apologia e Istigazione*, in *ED*, II, 1958; F. Schiaffo, *Istigazione e apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 139; T. Trucco, *Brevi note sui più recenti atteggiamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, in *RIDPP*, 1982, 735; in tema di propaganda, cfr. tra gli altri P. Barile, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *ED*, XXIII, 1973, 473; R. Cappitelli, *Il reato di propaganda di idee fondate sull'odio razziale o etnico all'esame della giurisprudenza di legittimità*, in *CP*, 2016, 1011 ss.; E. Fronza, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. Int. Dir. uomo*, 1997, 35 ss.; L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale tra offesa dei diritti fondamentali della persona e libera manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di S. Riondato, Padova 2006, 117 ss.

<sup>54</sup> DQ 2008/913/GAI del Consiglio del 28.11.2008 consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=EN>

<sup>55</sup> G.U. n. 149 del 28.06.2016.

l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».

Con la l. 20.11.2017 n. 167<sup>56</sup> il co. 3 *bis* viene modificato ed accanto alla parola *negazione*, vengono introdotte le parole «sulla *minimizzazione* in modo grave o sull'*apologia*», così omologandosi maggiormente alle indicazioni contenute nella DQ 2008/913/GAI.

Minimo comune denominatore di tale farraginoso affastellarsi di norme può essere individuato nell'*offesa alla pari dignità degli individui*,<sup>57</sup> che rappresenta indubbiamente il *Leitmotiv* della materia oggetto d'esame.

Momentaneo approdo di tale evoluzione è rappresentato dall'introduzione nel nostro codice penale, per il tramite del d. lgs. 1.3.2018 n. 21<sup>58</sup> – il quale ha operato la c.d. “riserva di codice” – degli artt. 604 *bis* e 604 *ter* Cp<sup>59</sup>.

Il primo co. dell'art. 604 *bis* Cp sanziona, alla lett. *a*, chiunque propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La lett. *b* sanziona invece chiunque, in qualsiasi modo, istighi a commettere o commetta atti di violenza o provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Preliminarmente sembra potersi condividere l'opinione di quella parte di dottrina che configura le condotte in esame come reati di pericolo concreto (implicito). «Sia il *fatto* tipico di “*propaganda*” di idee razziste che quello di “*istigazione*” a commettere atti discriminatori espongono già a pericolo *concreto* il predetto bene “personale”»<sup>60</sup>. Si tratta di reati di mera condotta, i quali si perfezionano a prescindere dal fatto che la propaganda o l'istigazione siano state accolte dai destinatari<sup>61</sup>. La propaganda o l'istigazione devono essere idonee ad influire sul pensiero altrui, il che renderà necessario un accertamento casistico per valutare le

<sup>56</sup> Legge europea 2017, G.U. n. 277 del 27.11.2017.

<sup>57</sup> F. Bacco, *Norme antidiscriminatorie*, in *Diritto Penale, Parte Speciale*, I, *Tutela penale della persona*, a cura di D. Pulitanò, Torino 2011, 405. Dello stesso A. si veda, ampiamente, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino 2018, e *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013, 823 ss.

<sup>58</sup> G.U. n. 68 del 22.03.2018.

<sup>59</sup> Sulla discriminazione per motivi razziali, etnici o religiosi v., ad es., Cass. 13.12.2019 n. 1602, in *DeJure*. La vicenda traeva origine dall'esposizione, sulle fiancate di un camion, di un manifesto pubblicitario a contenuto discriminatorio; cfr. anche Cass. 7.6.2019 n. 40014, *ivi*, su un caso di lesioni personali aggravate dalla sussistenza del motivo discriminatorio; Cass. 7.5.2019, n. 32862 *ivi*, in tema di diffamazione aggravata dalla finalità di discriminazione etnica e razziale.

<sup>60</sup> L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale*, cit., 135.

<sup>61</sup> «In tema di atti di discriminazione razziale od etnica, 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) configura un reato di pura condotta che si perfeziona indipendentemente dalla circostanza che la propaganda o l'istigazione siano raccolte dai destinatari»: così Cass. 7.5.2008 n. 37581 in *CP*, 2009, 3032 con nota di A. Montagna, *Osservazioni a Cass. Pen., sez. III, 7 maggio 2008*, n. 37581.

concrete modalità di verifica della condotta propagandistica o istigatoria<sup>62</sup>.

Tanto il reato di propaganda quanto quello di istigazione si consumano nel tempo e nel luogo in cui esse vengono esternate, essendo sufficiente che «il pensiero divulgato sia conosciuto o conoscibile da una pluralità di persone, “altre” rispetto al/i soggetto/i discriminato/i»<sup>63</sup>.

Mentre la sostituzione del termine “incitamento” con il lemma “istigazione” non sembra aver mutato in radice il significato della norma, altra valutazione potrebbe essere svolta con riguardo alla sostituzione del termine “diffusione” con il termine “propaganda”<sup>64</sup>.

La riforma si poneva l'obiettivo di «ridurre l'ambito di applicazione della fattispecie in favore di un più ampio riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero»<sup>65</sup>. Sembra però che tale proposito non abbia colto nel segno in quanto, al pari della diffusione, anche la propaganda richiede la necessità di comunicare con più persone<sup>66</sup>: necessità che appare intrinsecamente rispettata nell'ipotesi in cui il discorso d'odio venga veicolato, ad esempio, per il tramite dei *social network* in quanto strumenti connotati dalla massima ed immediata diffusività<sup>67</sup>.

Si noti altresì come la prima parte della lett. a si riferisca esclusivamente a coloro i quali propagandano idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, mentre la seconda – riferita all'istigazione a commettere o alla commissione di atti di discriminazione – includa, oltre ai motivi razziali e etnici, anche i motivi nazionali o religiosi non presenti nella prima parte della medesima lettera. La dottrina ritiene che tale restrizione sia stata dettata da un approccio cauto nell'intervenire in senso limitativo sulla materia della libera manifestazione del pensiero<sup>68</sup>.

Potrebbe, tuttavia, non sorprendere un eventuale approccio meno fiscale nell'applicare la norma *de qua*. Per quanto un'estensione della tutela penale alla propaganda di idee fondate sulla superiorità religiosa (fattispecie dunque non espressamente prevista dalla norma) non integri a rigore un'ipotesi di interpretazione estensiva – andandosi piuttosto a scontrare con il divieto di analogia – la giurisprudenza potrebbe invocare la legittimità della limitazione del diritto alla libertà

<sup>62</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 284.

<sup>63</sup> F. Bacco, *Norme antidiscriminatorie*, cit., 407 s.

<sup>64</sup> Modifica operata dall'art. 13 l. 85/2006 recante «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione». Sul punto si è altresì pronunciata la Corte di Cassazione, statuendo come «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»: cfr. Cass. 16.2.2016 n. 34713, in *DeJure*.

<sup>65</sup> M. Pelissero, *Osservazioni critiche*, cit., 1025

<sup>66</sup> M. Pelissero, *op. ult. cit.*, 1206.

<sup>67</sup> Sul tema, V. Nardi, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'internet service provider?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7.3.2019. Sulla discriminazione a mezzo social media v. di recente Cass. 26.11.2019 n. 6933, in *DeJure*.

<sup>68</sup> F. Bacco, *Norme antidiscriminatorie*, cit., 406. Sui rapporti tra incriminazione della propaganda razzista e libertà di manifestazione del pensiero v. approfonditamente A. Tesaro, *La propaganda razzista*, cit., 961 ss.

di espressione per tutelare la pari dignità dei consociati fondata, nell'esempio in parola, sulla libertà religiosa.

Quello appena sinteticamente espresso rappresenta il rischio connaturato – ed, in un certo senso, ineliminabile – alla struttura di norme che si pongono a tutela di beni tanto fondamentali quanto sfuggenti<sup>69</sup>. Il pericolo è quello dell'irrinunciabile approccio casistico, rimesso all'occasionale bilanciamento effettuato dalla giurisprudenza, la quale si trova a doversi districare tra norme di non sempre facile lettura: ne consegue l'imprevedibilità dell'esito di un giudizio incentrato sulla tutela di diritti (a volte) contrapposti come la libera manifestazione del pensiero e l'inscindibile binomio uguaglianza/dignità<sup>70</sup>.

Relativamente alla seconda parte della lett. *a* ed alla lett. *b*, i quali chiamano in causa la condotta istigatoria, sembra ravvisarsi una deroga al disposto dell'art. 115 Cp. Quando vengono in gioco i delitti contro l'uguaglianza «la legge attribuisce rilevanza penale proprio all'istigazione non accolta, anticipando la soglia della tutela penale per evitare che un fatto di discriminazione avvenga»<sup>71</sup>.

L'importanza del bene giuridico in gioco giustifica l'anticipazione della tutela alla mera condotta istigatoria, senza altresì richiedere la produzione dell'effetto cui essa è rivolta. Un rischio sempre insito nell'anticipazione della tutela penale è quello di porsi in contrasto con il principio di offensività<sup>72</sup>. Sembra però possibile ritenere che tale rischio, nella materia *de qua*, possa essere scongiurato dalla configurazione di tali condotte criminose in termini di pericolo concreto.

Ancora, mentre la lett. *b* non crea particolari problemi in quanto, riferendosi all'incitamento alla commissione od alla commissione medesima di atti di violenza, evoca indiscutibilmente una condotta già di per sé penalmente rilevante, analogo discorso non sembra potersi svolgere con riguardo alla seconda parte della lett. *a*. Tale ultima lettera incrimina la mera istigazione a commettere atti discriminatori, includendo pertanto anche condotte intrinsecamente lecite. Parte della dottrina ribadisce come sia, invero, irrilevante che l'atto discriminatorio oggetto di incitamento costituisca già di per sé un comportamento penalmente rilevante, essendo sufficiente che la condotta istigata sia discriminatoria, anche se lecita<sup>73</sup>. Sarebbe, dunque, la mera motivazione dell'agire a rendere illecita la condotta.

Tale ricostruzione sistemica lascerebbe intendere che dunque la condotta di cui alla seconda parte della lett. *a* dovrebbe integrare un'ipotesi di dolo specifico, ossia la sola in grado di rendere illecito – quanto meno *prima facie* – un comportamento perfettamente lecito.

Tuttavia, dottrina e giurisprudenza non appaiono di tale avviso, per quanto il

---

<sup>69</sup> Sul rischio di contrasto coi principi di offensività, precisione, sufficiente determinatezza e proporzionalità v. *supra*, nota n. 39.

<sup>70</sup> La stessa Corte di Cassazione (Cass. 7.5.2008, n. 37581, in *DeJure*) si è espressa nel senso di ribadire come «la libertà di manifestazione del pensiero e quella di ricerca storica cessano quando travalicano in istigazione alla discriminazione ed alla violenza di tipo razzista».

<sup>71</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 284.

<sup>72</sup> Sui problemi connessi all'anticipazione della tutela penale v. G. Marino, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in *RIDPP*, 2016, 1388 ss.; L. Picotti, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, in *DPenCont*, 2017, 249 ss.

<sup>73</sup> F. Bacco, *Norme antidiscriminatorie*, cit., 408.

dibattito in materia costituisca ancora un cantiere aperto.

La giurisprudenza ha operato una netta distinzione in materia, affermando che le condotte di propaganda di idee discriminatorie e di istigazione a commettere atti discriminatori (art. 604 *bis* lett. *a* Cp) integrerebbero ipotesi di reato a dolo generico. Diversamente, le condotte consistenti in atti di discriminazione o nella commissione o nella provocazione di atti di violenza (art. 604 *bis* lett. *a* seconda parte e lett. *b* Cp) costituirebbero, invece, ipotesi di reato a dolo specifico. La motivazione della Suprema Corte a sostegno di tale differenziazione consisterebbe nel fatto che nelle ipotesi da ultimo citate «il motivo ispiratore eccede la condotta discriminatoria o violenta, mentre nel caso della propaganda o dell'istigazione tale motivo è incluso nelle idee propagandate o negli atti discriminatori istigati»<sup>74</sup>.

Di diversa opinione appare la dottrina. Secondo quest'ultima, infatti, il dolo specifico sarebbe caratterizzato da un oggetto peculiare, capace di includere tanto il fatto concreto descritto nella norma incriminatrice, quanto un ulteriore risultato, che deve essere perseguito dall'autore come scopo e la cui realizzazione è irrilevante al fine della configurazione del reato<sup>75</sup>. I motivi che sorreggono le norme antidiscriminatorie sarebbero, invece, dotati di un «significato causale e non finalistico e pertanto non è richiesto alcun fine ulteriore cui debba tendere l'autore della propaganda e dell'istigazione»<sup>76</sup>.

La propaganda è considerata in dottrina come un reato a dolo generico, essendo bastevole che l'agente sia conscio del contenuto della dichiarazione che volontariamente propaganda e dell'idoneità di quest'ultima ad influenzare i destinatari della comunicazione. Analogo discorso viene svolto, invero, con riguardo alla condotta istigatoria, con riferimento alla quale si ritiene che la discriminazione non coinvolga la condotta dell'agente ma attenga meramente alle motivazioni dell'atto oggetto di istigazione<sup>77</sup>.

Il secondo co. dell'art. 604 *bis* Cp incrimina le organizzazioni e le associazioni aventi, fra i propri scopi, l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La sussistenza di un vincolo stabile tra i membri dell'organizzazione in esame – elemento che normalmente rappresenterebbe il *discrimen* tra il reato associativo ed il mero concorso di persone nel reato<sup>78</sup> – non viene considerato dalla giurisprudenza come requisito imprescindibile. La Suprema Corte ha infatti escluso «che sia necessaria, per la configurabilità del reato, l'esistenza di una struttura e organizzazione anche materiale, come invece è richiesto per il delitto di

<sup>74</sup> Cass. 7.5.2008, n. 37581, in *DeJure*.

<sup>75</sup> G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *op. cit.*, 356.

<sup>76</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 285.

<sup>77</sup> F. Bacco, *Norme antidiscriminatorie*, cit., 408.

<sup>78</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 512 ss. In argomento v. più attentamente S. Del Corso, *I nebulosi confini tra associazione per delinquere e concorso di persone nel reato continuato*, in *CP*, 1985, 622; C. De Maglie, *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *RIDPP*, 1987, 924; G. Insolera, *Sui rapporti tra associazione per delinquere e reato continuato*, in *IP*, 1983, 385; Id., *L'associazione per delinquere*, Padova 1983, 87; T. Padovani, *Il concorso dell'associato nei delitti-scopo*, in *RIDPP*, 1998, 761; G. Spagnolo, *Il problema dei limiti della responsabilità degli associati per delitti-scopo commessi da altri associati*, in *RIDPP*, 1987, 42 ss.

associazione per delinquere»<sup>79</sup>.

Tale condotta associativa, la quale conserva un residuo di tutela del bene giuridico "ordine pubblico"<sup>80</sup>, alla luce della pronuncia della Corte di Cassazione, sembra non differire in nulla rispetto ad un occasionale concorso di persone volto a realizzare una delle condotte discriminatorie di cui al primo co.: ciò fa dubitare dell'utilità dell'espressa previsione normativa di una condotta che sarebbe comunque stata punita grazie agli strumenti classici previsti dal codice (ci si riferisce, ovviamente, al combinato disposto tra l'art. 110 Cp e l'art. 604 bis Cp).

Per quanto la giurisprudenza abbia ritenuto non necessaria la stabilità del vincolo associativo, non sembra comunque potersi prescindere – al fine di riscontrare la consumazione del reato di cui al secondo co. dell'art. 604 bis Cp – dalla traduzione della condotta in atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere il delitto, dovendo il fatto raggiungere quantomeno la soglia del tentativo<sup>81</sup>.

L'art. 604 ter Cp disciplina, invece, un'autonoma circostanza aggravante prevedendo un aumento di pena 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.

Escludendo dal proprio ambito applicativo esclusivamente i reati puniti con la pena dall'ergastolo l'aggravante si palesa come «quasi comune»<sup>82</sup>, in quanto applicabile ad una vastissima gamma di reati. L'aggravante *de qua* non soggiace, inoltre, al regime del bilanciamento, fatta eccezione per l'attenuante di cui all'art. 98 Cp, così derogando al regime dell'art. 69 Cp.

Tale previsione normativa non sembra porre particolari problemi interpretativi se non per quanto concerne le difficoltà di accertamento probatorio. La giurisprudenza ha recentemente individuato nella «consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile»<sup>83</sup>, il tratto essenziale dell'aggravante in esame. Non è sufficiente, dunque, che la finalità di discriminazione e di odio muova la condotta dell'agente: è altresì

---

<sup>79</sup> Cass. 16.2.2016 n. 34713, in *DeJure*. La Suprema Corte ha in tal sede altresì specificato come «in tema di discriminazione razziale, non viola i principi di materialità e di offensività l'art. 3, comma 3, l. 13 ottobre 1975 n. 654, nella parte in cui attribuisce rilevanza penale ad "ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi"».

<sup>80</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 285.

<sup>81</sup> G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 524.

<sup>82</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 457.

<sup>83</sup> «La circostanza aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, razziale o religioso è configurabile non solo quando l'azione, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto in cui si colloca, risulta intenzionalmente diretta a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri analogo sentimento di odio e comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori, ma anche quando essa si rapporti, nell'accezione corrente, a un pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza, non avendo rilievo la mozione soggettiva dell'agente. Il tratto essenziale dell'aggravante risiede, infatti, nella consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, di un sentimento connotato dalla volontà di escludere condizioni di parità per ragioni fondate, sulla appartenenza della vittima a un'etnia, razza, nazionalità o religione, che si manifesta attraverso espressioni che, al di là del loro intrinseco carattere ingiurioso, appaiano sintomatiche dell'orientamento discriminatorio della condotta»: cfr. Cass. 14.2.2018 n. 14200, in *DeJure*, con commento di C. Minnella, *Stalking aggravato dalla finalità di odio razziale: condannato minorenne*, in *D&G*, 29.3.2018.

necessario che la “*reason for hatred*” sia oggettivamente ed esteriormente percepibile<sup>84</sup>.

4. Come in precedenza evidenziato, la DQ 2008/913/GAI ha sollecitato gli Stati membri ad adottare le necessarie misure al fine di sanzionare e reprimere diverse condotte di stampo razzista e xenofobo<sup>85</sup>. Ogni Alta Parte è stata chiamata a rispettare tale Decisione, ciascuna chiaramente in base alle proprie prerogative socioculturali, il che ha portato alla creazione di quella che oggi potrebbe essere definita una «Europa a *geografia variabile*»<sup>86</sup>.

Intento della citata Decisione era certamente quello di armonizzare la normativa penale in materia, senza però alcuna pretesa di unificazione, lasciando agli Stati un certo margine di autonomia nel traslare le disposizioni sovranazionali a livello interno.

Il frutto dell'adeguamento del nostro ordinamento alla citata DQ è rinvenibile nel testo della neointrodotta circostanza aggravante di cui al co. 3 dell'art. 604 *bis* Cp, la quale statuisce che «si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte Penale Internazionale».

La decisione di optare per una circostanza aggravante<sup>87</sup> invece di formulare un'autonoma fattispecie di reato – come originariamente previsto nel disegno di legge – è stata efficacemente definita come *politically correct*<sup>88</sup>. Invero, va evidenziato come

---

<sup>84</sup> «Ai fini della 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»: cfr. Cass. 17.11.2005, n. 44295, in *DeJure*.

<sup>85</sup> Art. 1 par. 1 DQ 2008/913/GAI: «Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti comportamenti intenzionali siano resi punibili: a) l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica; b) la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera a) mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale; c) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, 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, quando 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; d) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945, 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, quando 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».

<sup>86</sup> E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano 2012, 16.

<sup>87</sup> Il principale problema applicativo di una simile scelta concerne la bilanciabilità dell'aggravante in parola. Da ciò deriva che la stessa potrebbe ben essere ritenuta soccombente nel concorso eterogeneo con altre circostanze, non trovando conseguentemente applicazione.

<sup>88</sup> D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *DPenCont*, 2015, 326.



la DQ all'art. 1 imponga a ciascuno Stato membro di adottare le misure necessarie affinché i comportamenti intenzionali nella medesima sede selezionati siano resi punibili, senza specificare altresì lo strumento mediante il quale tale incriminazione sarebbe dovuta avvenire.

Il principale problema dell'aver imboccato la via della circostanza aggravante consiste nel fatto che quest'ultima non vive di vita propria, bensì accede ad una fattispecie autonoma di reato la quale, nel presente caso, appare connotata da un'intrinseca ambiguità, ossia la «Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa». La circostanza aggravante si muove nel già tracciato solco della norma incriminatrice, incidendo esclusivamente sul trattamento sanzionatorio ad essa riservato. Le idee negazioniste non sarebbero, dunque, punibili in quanto tali bensì solo se espresse nel contesto di una propaganda di atti discriminatori o di una istigazione o commissione di atti di violenza. Come rilevato in dottrina, «a ben vedere dal rapporto di specialità che intercorre tra fattispecie base e fattispecie circostanziata consegue che, con la progettata riforma, non acquisterebbero rilevanza penale condotte che oggi ne sono prive: sarebbero solo punite più severamente condotte già oggi penalmente rilevanti, in quanto riconducibili alle citate fattispecie delittuose previste dalla l. n. 654/1975»<sup>89</sup>.

Una delle questioni maggiormente controverse attiene, probabilmente, all'oggetto delle condotte punibili: Shoah, crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Mentre il primo di tali fenomeni è identificabile esclusivamente nella sua componente storica, gli altri crimini sono individuabili dal punto di vista giuridico, grazie alla definizione di questi ultimi fornita dallo Statuto della Corte Penale Internazionale<sup>90</sup>.

Tale distinguo operato, in prima battuta, dalla DQ e, successivamente, trasposto del co. 3 dell'art. 604 bis Cp, sembra corrispondere alla distinzione operata in dottrina tra negazionismo originario e negazionismo derivato. Con la prima espressione ci si riferisce all'originaria tendenza degli ordinamenti nazionali ad incriminare esclusivamente contestazioni, negazioni o minimizzazioni della Shoah, in quanto pietra angolare della costruzione dell'identità europea. Con la seconda espressione si ampliano i margini della rilevanza penale del negazionismo, individuando come punibili altresì espressioni riguardanti altri crimini internazionali, mutando l'area del penalmente rilevante non soltanto in termini oggettivi quanto, inoltre, in termini temporali<sup>91</sup>.

Se, da un lato, il richiamo allo Statuto di Roma garantisce il rispetto del principio di tassatività<sup>92</sup> da parte della norma sul negazionismo, maggiori problemi si pongono con riguardo alla definizione del concetto di Shoah. Ci si interroga, dunque, se si debba tutelare esclusivamente la mera negazione di tali eventi storici o se sia possibile

---

<sup>89</sup> G.L. Gatta, *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16.2.2015.

<sup>90</sup> Su tali definizioni cfr. E. Amati, M. Costi, E. Fronza, P. Lobba, E. Maculan, A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino 2016; K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford 2014, in E. Fronza, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *DPP*, 2017, 161.

<sup>91</sup> Distinzione puntualmente delineata in E. Fronza, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, cit., 158.

<sup>92</sup> Ead, *op. ult. cit.*, 161.

estendere tale tutela anche alla contestazione di mere modalità di realizzazione di quest'ultima<sup>93</sup>. I dubbi interpretativi connessi all'analisi del comma in esame rischiano di palesare un insanabile conflitto con il principio di precisione e di alimentare il simbolismo che aleggia intorno alla norma nella sua interezza. Non a caso la negazione della Shoah è stata in dottrina efficacemente definita come «sublimazione degli elementi normativi etico-sociali di fattispecie»<sup>94</sup>.

Sin da una prima analisi del dettato normativo si evince, inoltre, come il co. 3 dell'art. 604 *bis* Cp non menzioni il requisito della "pubblicità" delle affermazioni negazioniste (requisito, invece, previsto nella Decisione Quadro). Tale scelta legislativa è, probabilmente, stata valutata come necessaria al fine di non limitare eccessivamente il campo di applicazione della normativa *de qua*. Va tuttavia rilevato come, invero, tale requisito compaia in molti degli ordinamenti che contemplano tale figura di reato<sup>95</sup>, proprio al fine (contrario) di evitare un'eccessiva compressione dell'esercizio della libertà di espressione<sup>96</sup>.

Il requisito della pubblicità (grande assente del sistema) rischia di creare non poche frizioni con il principio di offensività, se isolatamente considerato. Quale rilevanza penale può avere un discorso negazionista pronunciato in assenza di un nutrito auditorio? Inidoneo, pertanto, ad influenzare l'opinione di più persone sull'argomento? Nell'adeguarsi alle istanze sovranazionali contenute nella DQ del 2008 il nostro legislatore ha forse fatto affidamento sul dato per cui, accedendo la circostanza aggravante del negazionismo a condotte di tipo istigatorio e propagandistico, il requisito della pubblicità sarebbe stato insito nella fattispecie incriminatrice di base, apparendo dunque superfluo in sede di aggravante.

<sup>93</sup> Significativa, sul punto, l'evoluzione della giurisprudenza francese in materia: «con riferimento alle condotte punibili la "contestation" di un crimine contro l'umanità consiste nel non ammetterne l'esistenza. Come emerge dalla giurisprudenza, questa condotta può assumere diverse forme: la minimizzazione oltraggiosa (Cour Appel Paris, 21 gennaio 2009, n° 08/02208), la contestazione della cremazione di esseri umani nei campi di concentramento (Cour Appel Paris, 18 giugno 2008, n° 07/08276), la citazione di passaggi di un libro negazionista vietato in Francia (Cour Appel Paris, 11 settembre 2002, n° 01/01445), la negazione pura e semplice del genocidio ebraico affermando, davanti ad una classe di studenti, l'esistenza di un'altra verità (Cour Appel Metz 27 settembre 2000, n° 971/2000), la difesa di una teoria revisionista tramite l'impiego del termine Olocausto, genocidio o sterminio tra virgolette (Cour Appel Paris, 1 aprile 1992, n° 5571/91), il paragonare Auschwitz a un paradiso rispetto alle condizioni di vita imposte agli africani (Cour Appel Paris, 2 aprile 2009, n° 08/00017)». Sul punto, diffusamente, E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., 51.

<sup>94</sup> G. Puglisi, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo"* cit., 32. Sul tema degli elementi normativi di fattispecie cfr., per tutti, L. Riscato, *Gli elementi normativi della fattispecie. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004. V. anche G. de Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 199 ss.

<sup>95</sup> Il legislatore tedesco, come anche quello francese, hanno espressamente sanzionato le opinioni negazioniste espresse in pubblico. Per una puntuale ricostruzione sul tema E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., 30 ss.

<sup>96</sup> E. Fronza, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, cit., 160 ss. A proposito dei problemi sollevati dall'introduzione del co. 3 *bis* nel corpo dell'art. 3 della Legge Mancino, l'A. osserva encomiabilmente come «va richiamata l'attenzione su un ulteriore profilo: il co. 3 *bis*, in quanto inserito nell'art. 3 della Legge Reale-Mancino, esige che "la negazione" si innesti in un contesto di discriminazione razziale, segnatamente attraverso lo schema di "superiorità o odio razziale o etnico" previsto per le fattispecie base. Tuttavia, elementi espliciti riconducibili a tale registro sono difficilmente reperibili nelle pratiche discorsive dei negazionisti, ad eccezione di talune ipotesi, per lo più riguardanti la Shoah, in cui, ad esempio, l'asserzione negazionista viene collegata ad un discorso riconoscibile come immediatamente discriminatorio. La sovrapposizione concettuale tra negare e discriminare si attribuisce, tuttavia, intrinsecamente solo alla Shoah, poiché solo in tali ipotesi la negazione e la giustificazione si accompagnano all'antisemitismo e al razzismo. In tutti gli altri casi, invece, lo sfondo discriminatorio e l'odio razziale o etnico possono non risultare di immediata percezione».

La violazione del principio di offensività appare comunque scongiurata dalla scelta di strutturare la fattispecie aggravata dell'istigazione/propaganda negazionista secondo il modello del "reato di pericolo concreto"<sup>97</sup>. Così facendo il legislatore italiano si adegua ai canoni stabiliti dalla Decisione Quadro, la quale richiede, appunto, che i comportamenti incriminati siano «posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio». «Il rispetto del principio di offensività, da interpretarsi in concreto, è stato già individuato dalla giurisprudenza, anche costituzionale, quale elemento essenziale nella valutazione della conformità a Costituzione dei reati aventi ad oggetto una manifestazione del pensiero»<sup>98</sup>.

La verifica della concreta pericolosità della condotta in esame può considerarsi effettivo parametro per vagliarne la legittimità costituzionale<sup>99</sup>. La giurisprudenza sarà chiamata a verificare se, nel singolo caso sottoposto alla sua attenzione, sia stata raggiunta la soglia del pericolo concreto: se cioè, in altre parole, il bene giuridico tutelato dall'art. 604 bis co. 3 Cp sia stato concretamente posto in pericolo.

Come si è tentato di evidenziare nelle pagine precedenti, il bene giuridico tutelato dagli artt. 604 bis e 604 ter Cp è rappresentato dalla dignità umana. Tuttavia, la peculiare struttura del co. 3 impone un'autonoma trattazione del delicato argomento "bene giuridico".

Sono state, a tal riguardo, prese in considerazione diverse ipotesi.

Primo approdo dell'evoluzione interpretativa e della ricerca volta ad individuare il bene giuridico protetto dalle condotte negazioniste si rinviene nell'ordine pubblico<sup>100</sup>. Questo preliminare approccio non suscita particolari perplessità, tanto più se si pone memoria al fatto che, a tutt'oggi, il delitto di negazionismo viene collocato nel codice penale tedesco (§ 130 *StGB*) tra i delitti contro l'ordine pubblico. Parte della dottrina fa rientrare nell'ambito della cornice protettiva di tale norma la «salvaguardia del clima politico da un potenziale "avvelenamento" che potrebbe risultare dal far apparire come accettabile gli obiettivi razzisti o l'ideologia nazista»<sup>101</sup>, concetto di particolare interesse ma ritenuto eccessivamente vago da altra parte della dottrina.

Individuare il bene giuridico tutelato esclusivamente nell'ordine pubblico<sup>102</sup> equivarrebbe a porre in inscindibile correlazione (fino a realizzare forse una vera e

---

<sup>97</sup> Per un approccio critico sulla dialettica "reato di pericolo astratto/reato di pericolo concreto" v. M. Caputo, *op. cit.*, 33 ss.

<sup>98</sup> S. De Flammineis, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17.10.2016, 5.

<sup>99</sup> La Corte Costituzionale si è servita di tale parametro per vagliare la legittimità costituzionale degli artt. 414 e 415 Cp. Relativamente alla prima fattispecie la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 414 ult. co. Cp, in riferimento all'art. 21 co. 1 Cost. statuendo che «l'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ultimo co., del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti» (corsivo nostro): cfr. C. cost., 4.5.1970 n. 65, in *DeJure*. Diversamente si è, invece, pronunciata la Corte Costituzionale con riferimento all'art. 415 Cp, dichiarando «l'illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nell'art. 415 del codice penale, riguardante l'istigazione all'odio fra le classi sociali, nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità.»: v. ancora una volta C. cost., 23.4.1974 n.108, in *DeJure*.

<sup>100</sup> M. Caputo, *op. cit.*, 32 ss.

<sup>101</sup> E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., 40.

<sup>102</sup> Contro il riferimento all'ordine pubblico A. Pugiotta, *Le parole sono pietre?*, cit., 13 ss.

propria sovrapposizione) l'affermazione negazionista e la condotta antidemocratica. Siffatta scelta semantica parrebbe dettata (quasi) esclusivamente da ragioni storiche: l'attuale struttura dell'Unione Europea e l'impianto valoriale su cui quest'ultima si è edificata rappresentano il frutto della fisiologica reazione agli orrori della Seconda guerra mondiale. «Seguendo siffatta linea di pensiero, le opinioni negazioniste andrebbero perseguite in quanto la loro falsità venga considerata parte integrante di un disegno propagandistico del quale non occorre attendere gli effetti pregiudizievoli, né stabilire il nesso di causalità con i fatti criminosi che ne possano conseguire»<sup>103</sup>.

Tuttavia, occorre evidenziare come, per quanto il bene giuridico dell'ordine pubblico appaia sfuggente e di ardua definizione<sup>104</sup>, esso rimanga ancora (seppur, forse, velatamente) presente nell'impianto normativo dei delitti contro l'uguaglianza<sup>105</sup>, connotandone la plurioffensività<sup>106</sup>.

La ricerca scientifica ha, successivamente, appuntato la propria attenzione su un peculiarissimo bene proprio del discorso negazionista e tendenzialmente estraneo alla materia penale: la memoria storica. L'approccio sul campo ha portato ad esiti negativi da parte di quasi unanime dottrina<sup>107</sup>. In primo luogo, in quanto la criminalizzazione del diniego si pone (storicamente) in contrasto con la libertà di espressione di cui all'art. 21 Cost.<sup>108</sup> e, in secondo luogo, in ragione del fatto che una verità definitivamente accettata della storia non può dirsi esistente<sup>109</sup> a meno di sacrificare il senso della ricerca storiografica<sup>110</sup>.

La riflessione della dottrina ha oggi condotto ad un significativo approdo, consacrato nel bene giuridico della pari dignità sociale (difficilmente afferrabile ma non per questo immeritevole di tutela).

La dignità è valore mutevole, in grado di adattarsi al sentire di una determinata società in un definito momento storico. È valore che con essa evolve. È bene

---

<sup>103</sup> M. Caputo, *op. cit.*, 32.

<sup>104</sup> Sul tema, AA.VV., *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007; G. de Vero, voce *Ordine Pubblico (delitti contro)*, in *DigDPen*, IX, 1995, 72 ss.; Id., *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit.; G. Marini, voce *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *NssDI*, V, 1993, 233 ss.; S. Moccia, voce *Ordine pubblico (Disposizioni a tutela dell')*, in *EG*, XXII, 1990, 1 ss.; G. Rosso, voce *Ordine Pubblico (Delitti contro l')*, in *NssDI*, XII, 1965, 152 ss.

<sup>105</sup> «Certo non può ignorarsi che, anche nell'attuale sistemazione, l'ordine pubblico abbia un peso specifico (secondario, ma) visibile: la tipicità dell'art.604-bis Cp continua a gravitare attorno ai concetti di propaganda, istigazione e divieto di associazione, lessico che è cifra distintiva del Titolo V, libro II, codice penale (...). La concreta capacità istigatoria — ancorché posta in secondo piano — pare indefettibile in un ordinamento che si faccia carico della dannosità sociale delle condotte umane». Sul punto v. approfonditamente G. Puglisi, *La parola acuminata*, cit., 1332 ss.

<sup>106</sup> Sulla plurioffensività dei crimini d'odio, L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 99.

<sup>107</sup> «Anche la "memoria storica" in quanto tale non appare meritevole di diventare un bene giuridico penale: potrebbe essere un "bene", in effetti, ma non è un bene tutelabile penalmente (né sanzionabile *tout court* la sua messa in pericolo) in quanto la sola scelta della tutela penale e giuridica in genere farebbe di un bene scientifico di verità un vero "tabù", una verità sottratta alla ricerca scientifica, che per definizione non può ricevere tutela di Stato sui suoi contenuti»: così M. Donini, "Danno" e "offesa" nella cd. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *RIDPP*, 2008, 1588. Ora anche in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano 2010.

<sup>108</sup> G. Puglisi, *La parola acuminata*, cit., 1335.

<sup>109</sup> E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., 133.

<sup>110</sup> Sul tema G. Insolera, *Tempo, memoria e diritto penale. Quale memoria per quale diritto penale?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19.3.2018.

costituzionalmente rilevante ai sensi del richiamo operato dall'art. 3 Cost. alla pari dignità sociale di tutti i cittadini.

È il bene cui la Carta di Nizza dedica il proprio Capo I, sancendone l'inviolabilità nonché il dovere di rispettarla e tutelarla<sup>111</sup>. La dignità è culla dei diritti fondamentali, è bene supremo (forse a tal punto da essere) non bilanciabile con nessun altro diritto fondamentale.

Il valore della dignità è altresì ribadito dal Protocollo n. 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, ove è definito come «valore inerente a tutti gli esseri umani».

La dignità è stata efficacemente definita come «insieme delle condizioni necessarie a uno sviluppo della persona che le consenta di vivere un'esistenza piena»<sup>112</sup>.

L'espressione negazionista esclude la dignità di chi, per il tramite di quelle espressioni, vede annientata la propria dimensione identitaria. «Il riferimento all'aspetto identitario e alla discriminazione riempie il concetto di dignità di contenuti giuridicamente significativi, che facilitano il suo ingresso nel bilanciamento con altri valori come la libera manifestazione del pensiero»<sup>113</sup>.

La negazione di Auschwitz, in particolare, offende non solo la dignità dei soggetti segnati (direttamente o indirettamente) da tale fenomeno, attentando altresì alla dignità di ogni essere umano in quanto vittima potenziale. Il fenomeno negazionista si scontra con un'accezione di "dignità" declinata al plurale, intensa come comune senso di umanità<sup>114</sup>.

La dignità umana costituisce base assiologica unitaria dalla quale discendono i valori della libertà e dell'uguaglianza, a tal punto da renderli convertibili e sovrapponibili<sup>115</sup>.

Ma ciò che ora la presente analisi impone di chiedersi è: può la dignità umana costituire un argine nei confronti del diritto alla libera manifestazione del pensiero?

5. Il diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero sancito, a livello interno, dal disposto dell'art. 21 Cost., si appalesa sin da subito come un diritto non assoluto. Esso non risulta, infatti, destinatario di una tutela incondizionata, ben potendo risultare subvalente in un giudizio di bilanciamento quando, sull'altro piatto della bilancia, si trovi un altro diritto fondamentale, parimenti meritevole di tutela. Diritto che può certamente essere rappresentato dalla pari dignità dei cittadini,

---

<sup>111</sup> «La dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 stabilisce questo principio nel preambolo: "Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo"» (spiegazione rinvenibile nel Progetto di Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, 3, consultabile al sito [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/o4473\\_it.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/o4473_it.pdf))

<sup>112</sup> M. Caputo, *op. cit.*, 37.

<sup>113</sup> M. Caputo, *op. ult. cit.*, 39.

<sup>114</sup> Fondamentale per la proposta ricostruzione, M. Caputo, *op. cit.* Per le citazioni v. 37-39.

<sup>115</sup> G. Silvestri, *Dal potere ai principi: libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009, 85 ss.

suscettibile di essere leso nel contesto di affermazioni discriminatorie o negazioniste<sup>116</sup>.

A livello nazionale le norme costituzionali che vengono a trovarsi in conflitto possono dunque essere individuate negli artt. 3, culla del principio di pari dignità di tutti i cittadini, e 21 Cost., il quale sancisce il diritto alla libera manifestazione del pensiero. Come già anticipato nelle pagine precedenti, lo strumento del bilanciamento dei beni giuridici in gioco, unito ad un'impostazione in termini di pericolo concreto delle normative antidiscriminatorie, ha rappresentato la cifra stilistica delle pronunce della Corte Costituzionale in materia.

Sulla scorta di tali pilastri argomentativi la Corte Costituzionale ha dichiarato infondate diverse questioni di costituzionalità con le quali i ricorrenti sollevavano dubbi di legittimità relativamente al rapporto tra la Legge Scelba ed il disposto dell'art. 21 Cost., richiamando l'importanza degli elementi dell'idoneità e dell'efficacia dei mezzi rispetto al pericolo della ricostituzione del partito fascista<sup>117</sup>, non apparendo configurabile una strutturazione della norma (art. 5 l. 20.6.1952 n. 645) in termini di pericolo astratto. La Corte richiede un attento vaglio delle circostanze di tempo, di luogo e di ambiente obiettivamente sussistenti nel caso in esame, le quali devono palesarsi come idonee a far sorgere la situazione di pericolo di ricostituzione del partito<sup>118</sup>.

L'attualità dell'impostazione proposta nel tempo dalla Corte Costituzionale è stata recentemente confermata dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale ha ribadito efficacemente come «il reato di cui all'art. 5 l. 654/1952 (come modificato dall'art. 11 l. 22.5.1975 n. 152), che punisce le “manifestazioni fasciste”, è reato di pericolo concreto, che non sanziona le manifestazioni del pensiero e dell'ideologia fascista in sé, attese le libertà garantite dall'art. 21 Cost., ma soltanto ove le stesse possano determinare il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste, in relazione al momento e

---

<sup>116</sup> «Le norme incriminatrici di cui all'art. 3 l. 13 ottobre 1975 n. 654 manifestamente non si pongono in contrasto con i diritti di libertà previsti dall'art. 21 Cost., dall'art. 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, atteso che tali diritti non sono oggetto di una tutela incondizionata ed illimitata ma incontrano dei limiti costituiti essenzialmente dal rispetto di altri diritti fondamentali, parimenti oggetto di tutela, quali, in particolare, quello alla pari dignità e protezione sociale, suscettibile di essere leso da chi giustifichi e promuova l'odio, la xenofobia, l'intolleranza razziale o religiosa ovvero giustifichi ed esalti la violenza in funzione di discriminazione razziale o religiosa; condotte, queste, che costituiscono anche oggetto di un obbligo internazionale di incriminazione, derivante dalla Convenzione internazionale contro la discriminazione adottata dall'assemblea generale delle Nazioni unite il 21 dicembre 1965»: v. Cass. 16.2.2016, n. 34713, in *DeJure*. «È manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 3 l. 13 ottobre 1975 n. 654 (modificato dal d.l. 24 aprile 1993 n. 122, conv. con modifiche in l. 25 giugno 1993 n. 205 nonché dall'art. 13 l. 24 febbraio 2006 n. 85) laddove vieta la diffusione in qualsiasi modo di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, per asserito contrasto con l'art. 21 Cost., in quanto la libertà di manifestazione del pensiero e quella di ricerca storica cessano quando travalicano in istigazione alla discriminazione ed alla violenza di tipo razzista»: cfr. Cass. 7.5.2008, n. 37581, in *DeJure*.

<sup>117</sup> C. cost., 6.12.1958 n.74, in *DeJure*, la quale dichiara infondata «la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 645, in riferimento alle norme contenute nella XII delle disposizioni transitorie e finali e nell'art. 21, primo comma, della Costituzione». Nello stesso senso C. cost., 26.1.1957 n. 1, in *DeJure*, la quale evidenzia come l'apologia del fascismo, per assumere carattere di reato, deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in un'esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista. Ciò significa che deve essere considerata non già in sé e per sé, ma in rapporto a quella *riorganizzazione* che è vietata dalla XII disposizione. Sul tema, approfonditamente, D. Notaro, *Neofascismo e dintorni: la “resistenza” della dimensione offensiva del tipo criminoso*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 2020, 4 ss.

<sup>118</sup> C. cost., 27.2.1973, n. 15, in *DeJure*.

all'ambiente in cui sono compiute, attentando concretamente alla tenuta dell'ordine democratico e dei valori a esso sottesi»<sup>119</sup>.

Il complesso rapporto intercorrente tra libertà di manifestazione del pensiero e dichiarazioni negazioniste ha costituito oggetto di acceso dibattito anche nella giurisprudenza straniera<sup>120</sup>.

In particolare, si rileva come, a livello europeo, il contrasto si verifichi tra il disposto dell'art. 10 Cedu, il quale sancisce il diritto alla libertà di espressione, e gli artt. 14 (in tema di divieto di discriminazione) e 17 Cedu, il quale consacra il divieto di abuso del diritto.

Prendendo le mosse dal disposto dell'art. 10 Cedu appare chiaro, sin da subito, come una illimitata libertà di espressione non sia ipotizzabile in modo concreto. La norma medesima infatti, dopo aver sancito al co. 1 i contorni del diritto alla libertà di manifestazione del pensiero, individua nel secondo un catalogo di limiti e di requisiti di legittimità di eventuali restrizioni del diritto stesso. Dall'analisi di quest'ultimo co. si deduce come la restrizione della libertà di espressione sia da considerarsi legittima nelle ipotesi in cui: essa sia prevista per legge; persegua uno scopo legittimo; sia proporzionata agli obiettivi perseguiti e necessaria in una società democratica<sup>121</sup>.

La stessa Corte di Strasburgo ha individuato, nel corso dell'evoluzione della propria giurisprudenza, alcuni elementi imprescindibili su cui deve fondarsi una società democratica, individuandoli nel pluralismo, nella tolleranza e nella "broadmindedness", termine dalla particolare pregnanza significativa che sta ad indicare proprio il concetto di "apertura mentale"<sup>122</sup>. In tale contesto la Corte specifica, altresì, un dato di importanza fondamentale, ossia il fatto che ogni sanzione imposta in questo ambito debba essere proporzionata allo scopo legittimo perseguito.

Pronunciandosi in materia di negazionismo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha assunto a parametro delle proprie argomentazioni non tanto l'art. 14 Cedu quanto, piuttosto, l'art. 17 Cedu.

Dalla lettura simbiotica delle disposizioni degli artt. 10 e 17 Cedu può inoltre

---

<sup>119</sup> «Nella specie, relativa a una cerimonia commemorativa di alcuni defunti militanti nel MSI-DN, nel Fronte della gioventù e nella R.S.I., promossa dal partito Fratelli d'Italia, la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza di merito che aveva escluso che l'impiego del "saluto romano", l'intonazione della "chiamata del presente" e l'utilizzo della croce celtica avessero presentato alcuna concreta idoneità offensiva nel quadro di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma incriminatrice, sul rilievo assorbente che tali condotte erano state poste in essere nell'ambito di una manifestazione puramente commemorativa, organizzata in onore di defunti, vittime di una violenta lotta politica che aveva attraversato diverse fasi storiche, senza alcun intento restaurativo del regime fascista e in assenza di connotati tali da suggestionare gli astanti inducendo negli stessi sentimenti nostalgici in cui ravvisare un serio pericolo di riorganizzazione del partito fascista»: così Cass., 14.12.2017, n. 8108, in *DeJure*, con commento di A. Nocera, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9.5.2018. Recentemente in tema di saluto fascista v. Cass. 27.3.2019, n. 21409, in *DeJure*. V. i commenti di M. Galli, *Dalla Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di "esibizionismo razzista" (art. 2 co. 1 legge Mancino) e il delitto di «manifestazioni fasciste» (art. 5 legge Scelba)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22.6.2019, e L. Riscato, *Il saluto fascista è reato "non tenue" incompatibile con la provocazione*, in *GI*, 2019, 1911 ss.

<sup>120</sup> Per una puntuale ricostruzione delle principali pronunce delle Corti tedesche, belghe, francesi e spagnole v. L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 318 ss.

<sup>121</sup> M. Caputo, *op. cit.*, 23; P. Lobba, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *RIDPP*, 2014, 1823.

<sup>122</sup> C. eur., 7.12.1976, *Handyside c. Regno Unito*, § 49, 19.

dedursi come la libertà di espressione non si estenda fino alla protezione delle ipotesi in cui tale libertà sia utilizzata per scopi contrari al testo ed allo spirito della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>123</sup>. Questa circostanza appare chiara nella misura in cui è lo stesso art. 17 Cedu a sancire il divieto di interpretare le disposizioni della Convenzione in modo da sospenderne i diritti e le libertà ivi sancite. Si trae da ciò la necessità di «fornire alla democrazia gli strumenti per proteggersi da coloro che, strumentalizzandone il contenuto, vogliono sovvertirne l'essenza»<sup>124</sup>.

Non sorprende, dunque, che tale strumento sia stato individuato proprio nell'art. 17 Cedu.

La Corte, nel corso dell'evoluzione della propria giurisprudenza sul tema del negazionismo si è, tendenzialmente, assestata nel riconoscimento della prevalenza dell'art. 17 Cedu – della c.d. clausola di abuso del diritto in esso disciplinata – sull'art. 10 Cedu. Ciò non è avvenuto nel noto caso *Perinçek c. Svizzera*<sup>125</sup> in cui la Corte ha riconosciuto la prevalenza della libertà di espressione sulla tutela della dignità delle vittime.

L'art. 17 Cedu rappresenta dunque una deroga rispetto alla libera manifestazione del pensiero, evidenziando così la natura di “diritto non assoluto” dell'art. 10 Cedu<sup>126</sup>.

I singoli Stati membri e le rispettive autorità nazionali possono limitare la libertà di espressione al fine di tutelare interessi di rango pari o superiore a quello sancito dall'art. 10 Cedu effettuando il c.d. “*necessity test*”<sup>127</sup>, con il quale si individua la sussistenza di un «*bisogno sociale preminente*»<sup>128</sup> nel caso concreto, valutando altresì l'opportunità di intervenire in senso restrittivo nell'esercizio di un diritto – quale la libera espressione – quando ad esso si contrappone un bene egualmente meritevole di

<sup>123</sup> E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., 67.

<sup>124</sup> G. Puglisi, *La “satira” negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in «rime sparse» sulla negazione dell'Olocausto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23.2.2016, 11.

<sup>125</sup> C. eur. GC, 15.10.2015, *Perinçek c. Svizzera*. Sul tema, diffusamente, L. Daniele, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in *DPenCont*, 2017, 79 ss.

<sup>126</sup> E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., 132.

<sup>127</sup> Considerata «nécessaire dans une société démocratique» l'ingerenza dello Stato membro nel caso *Feret c. Belgio* in C. eur., 16.7.2009, *Feret c. Belgio*, § 60, 18 ss. In tal sede la Corte, dopo aver ribadito come la libertà di espressione costituisca uno dei diritti fondamentali di ciascuna società democratica, evidenzia come essa si estenda non solo con riguardo alle informazioni innocue, ma come essa sia idonea ad includere anche opinioni scioccanti. La Corte, nel ribadire come la libertà dei confronti politici non sia assoluta, attribuisce agli Stati il compito di regolamentarla, dovendo quest'ultima essere temperata con il rispetto della pari dignità di tutti gli esseri umani, anch'esso dato fondamentale in una società pluralista e democratica. La Corte ammette, pertanto, come possa rendersi necessario un intervento sanzionatorio proporzionato nei confronti di tutte le forme di espressione che propagandano odio, intolleranza e discriminazione. In tal sede la Corte, con una maggioranza di quattro voti su tre, ha ritenuto che le affermazioni del ricorrente fossero tali da ingenerare nel pubblico sentimenti di odio razziale (non ritenendosi necessario l'invito diretto nei confronti dei destinatari a compiere atti violenti). Non vi sarebbe dunque stata violazione, da parte nello Stato del Belgio nei confronti del ricorrente, del disposto dell'art. 10 Cedu. La *dissenting opinion* dei restanti tre giudici faceva, invece, leva sul dato per cui mere affermazioni a sfondo razzista non sarebbero state in grado di integrare di per sé forme di incitamento all'odio se non accompagnate da espliciti inviti a porre in essere atti di violenza (ricostruzione rinvenibile in *CP*, 2010, 852 ss.) Un attento lettore noterà certo come questa interessante pronuncia richiami, implicitamente, l'annoso dibattito tra il modello di reato di pericolo astratto e quello di pericolo concreto.

<sup>128</sup> P. Lobba, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione*, cit., 1823 ss.



tutela come la dignità umana<sup>129</sup>.

Negli anni il rapporto tra gli artt. 10 e 17 Cedu ha subito una notevole evoluzione.

In una prima fase interpretativa la Corte di Strasburgo ha riconosciuto una tutela privilegiata ad alcune categorie di soggetti storicamente discriminati senza mai chiamare in causa, a sostegno delle proprie argomentazioni, l'art. 17 Cedu. Sembra dunque che in questa prima fase la logica del bilanciamento di interessi venga accantonata per garantire una tutela incondizionata a determinati gruppi considerati meritevoli di tutela<sup>130</sup>.

La seconda fase interpretativa si apre con il caso *Kühnen c. Repubblica Federale della Germania*<sup>131</sup>, in cui la Commissione dichiara per la prima volta un ricorso inammissibile in base al combinato disposto degli artt. 10 e 17 Cedu. Questa pronuncia porta con sé, inoltre, il merito di aver ampliato la portata applicativa dell'*abuse clause*, in quanto la Corte in tal sede ha esteso la portata dell'art. 17 Cedu ad ogni attività definita come contraria ai «*basic values underlying the Convention*»<sup>132</sup>.

Tale seconda fase si caratterizza per l'inserimento dell'art. 17 Cedu all'interno del giudizio di bilanciamento operato di concerto con l'art. 10 Cedu. Qui la Corte mostra una deferenza quasi acritica nei confronti delle valutazioni effettuate a livello nazionale, recependole senza particolari osservazioni<sup>133</sup>. L'art. 17 Cedu viene dunque a costituire non solo parametro di bilanciamento e strumento di misura per vagliare la necessità della restrizione nazionale alla libera manifestazione del pensiero ma costituisce, altresì, argomento a sostegno del pregresso positivo vaglio della Corte in ordine alla necessità e proporzionalità dell'ingerenza nazionale<sup>134</sup>.

Nell'attuale fase interpretativa dell'art. 17 Cedu la Corte – ponendosi al di fuori della logica del bilanciamento – sembra escludere a priori la negazione dell'Olocausto dallo spettro protettivo dell'art. 10 Cedu applicando il c.d. «*guillotine effect*»<sup>135</sup>. Una delle pronunce più significative di questa fase interpretativa è probabilmente quella del caso *Lehideux e Isorni c. Francia*, in cui la Grande Camera ha sancito il principio secondo cui «i fatti storici chiaramente stabiliti – come l'Olocausto – [...] sarebbero rimossi dalla protezione dell'articolo 10 dall'articolo 17»<sup>136</sup>.

Questo stesso principio ha poi trovato riscontro in una successiva pronuncia, ossia nel caso *Garaudy c. Francia*. La Corte non ha accolto le doglianze del ricorrente rispetto alla violazione della propria libertà di manifestazione del pensiero, ritenendo che con la propria pubblicazione Garaudy intendesse «mettere in discussione i valori che fondano la lotta contro il razzismo e l'antisemitismo e sono tali da turbare

<sup>129</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 327.

<sup>130</sup> P. Lobba, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione*, cit., 1829 ss. L'A. in tal sede richiama il caso C. eur., 14.7.1983, *T. c. Belgio*, § 1, 164, specificando come in quella circostanza la Commissione avesse riaffermato il diritto delle famiglie vittime delle atrocità di Auschwitz alla protezione della memoria dei loro parenti.

<sup>131</sup> Comm. eur., 12.5.1988, *Kühnen c. Repubblica Federale della Germania*.

<sup>132</sup> *Ivi*, § 1, 6.

<sup>133</sup> P. Lobba, *Testing the "Uniqueness": Denial of the Holocaust vs denial of Other Crimes before the European Court of Human Rights*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2.11.2016, 5.

<sup>134</sup> P. Lobba, *Il negazionismo*, cit., 1831 ss.

<sup>135</sup> Per una puntuale ricostruzione delle fasi evolutive del rapporto tra l'art. 10 Cedu e l'art. 17 Cedu v. P. Lobba, *Testing the "Uniqueness"*, cit., 3 ss.

<sup>136</sup> C. eur. GC, 23.9.1998, *Lehideux e Isorni c. Francia*, § 47, 19 s.

gravemente l'ordine pubblico. Offendendo i diritti altrui, questi comportamenti sono incompatibili con la democrazia e con i diritti umani e i loro autori perseguono obiettivi, quali quelli vietati dall'art. 17 Cedu»<sup>137</sup>.

Da queste poche battute sembra già possibile delineare una certa tendenza della Corte di Strasburgo a considerare l'art. 10 Cedu sempre soccombente ogniqualvolta si pongano in discussione fatti storici chiaramente stabiliti tra cui, tuttavia, sembra rientrare esclusivamente l'Olocausto.

Palesa testimonianza di ciò è ravvisabile nel caso *Witzsch c. Germania*, in cui la Corte fonda la propria decisione sul mero sentimento di disprezzo rinvenibile nelle dichiarazioni del ricorrente nei confronti delle vittime dell'Olocausto<sup>138</sup> palesandosi, dunque, priva di qualsivoglia base giuridica.

La conclusione che sembra possibile trarre è che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tenda ad applicare l'art. 17 Cedu ai casi di negazione dell'Olocausto in quanto tali, indipendentemente dalla constatazione di intenti razzisti o antidemocratici che vengono ritenuti intrinsecamente connessi a simili dichiarazioni. Diversamente non può dirsi che il trattamento riservato ad altri comportamenti razzisti o unitari sia uniforme<sup>139</sup>.

Questa particolare tutela della Shoah viene altresì ribadita nel peculiare caso *Dieudonné M'bala M'bala c. Francia*<sup>140</sup>, in cui la Corte sancisce l'applicabilità dell'art. 17 Cedu «non solo ai discorsi di coloro che *apertis verbis* negano l'eccidio ebraico, ma anche a quelli di chi, in maniera strisciante e allusiva (*peius* millantando di fare satira), vogliono rimettere in discussione l'Olocausto stesso, traumatizzando coloro che vi sono sopravvissuti»<sup>141</sup>.

In verità sembra che la Corte abbia graniticamente fatto proprio il concetto di “*clearly established historical facts*” il quale, tuttavia, rischia di creare una discriminazione tra fatti di eguale gravità ma non altrettanto universalmente riconosciuti<sup>142</sup>.

Emblema della patologia di tale sistema è rinvenibile proprio nel caso *Perinçek c. Svizzera* relativo al genocidio armeno. La Corte Europea dei diritti dell'uomo, in questo caso, ha concluso nel senso dell'insussistenza degli estremi per l'applicazione dell'art. 17 Cedu, ritenendo che non si fosse verificata una violazione dell'art. 10 Cedu. In tal sede la Corte – cercando di riportare il rapporto tra l'art. 10 Cedu e l'art. 17 Cedu nell'ambito del bilanciamento – ha compiutamente tentato di individuare i limiti della clausola di abuso, stabilendo come questa non trovi applicazione quando: a) la negazione abbia ad oggetto l'inquadramento giuridico del fatto; b) la condotta non inciti all'odio né alla violenza; c) manchi una manifestazione di disprezzo nei confronti delle vittime<sup>143</sup>. Indicazioni che hanno trovato ulteriore sviluppo nell'analisi della

<sup>137</sup> C. eur., 24.6.2003, *Garaudy c. Francia*, § 1, 23, in E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., 146 ss.

<sup>138</sup> V. C. eur., 13.12.2005, *Witzsch c. Germania*, § 3, 8.

<sup>139</sup> P. Lobba, *Testing the “Uniqueness”*, cit., 7.

<sup>140</sup> C. eur., 20.10.2015, *Dieudonné M'bala M'bala c. Francia*.

<sup>141</sup> G. Puglisi, *La “satira” negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo*, cit., 14.

<sup>142</sup> E. Fronza, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, cit., 163.

<sup>143</sup> G. Puglisi, *La “satira” negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo*, cit., 13. C. eur., 17.12.2013, *Perinçek c. Svizzera*.

*Grand Chambre*, la quale ha, inoltre, statuito che l'incitamento all'odio e alla violenza devono considerarsi presunti nei casi di negazionismo dell'Olocausto<sup>144</sup>, specificando altresì come l'offensività del discorso ed il relativo allarme devono essere inquadrati nel contesto spazio-temporale in cui lo stesso è pronunciato<sup>145</sup>, tenendo in particolare considerazione le intenzioni del dichiarante<sup>146</sup>.

Tale *excursus* di pronunce ci consente di affermare che, per quanto ben indirizzato, l'orientamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non sia del tutto consolidato in ordine al bilanciamento tra la libera manifestazione del pensiero e la clausola di abuso. Può certamente ravvisarsi un marcato orientamento garantista per quanto riguarda il fenomeno della Shoah ma, per il resto, sembra possibile affermare che le decisioni della Corte si orientino in base al vaglio del caso concreto<sup>147</sup>.

6. L'attualità delle questioni affrontate nelle pagine precedenti viene confermata da una recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di discorsi negazionisti e bilanciamento tra libera manifestazione del pensiero ed abuso del diritto. Ci si riferisce, più precisamente, al caso *Pastörs c. Germania*<sup>148</sup>.

Il ricorrente, Udo Pastörs, presidente del Partito Democratico Nazionale della Germania (NPD)<sup>149</sup> del Parlamento del *Land* del Meclemburgo Pomerania Anteriore, fu condannato per i reati di diffamazione intenzionale (§ 187 *StGB*<sup>150</sup>) e per offesa alla memoria dei defunti (§ 189 *StGB*<sup>151</sup>) a causa delle dichiarazioni rese durante la seduta parlamentare tenutasi il giorno dopo l'evento commemorativo svoltosi il 27 gennaio 2010 presso il Parlamento di appartenenza, cui il ricorrente e i membri del suo gruppo politico non avevano presenziato.

I Tribunali nazionali (sia la Corte distrettuale che la Corte Regionale di Schwerin), nel valutare interamente il discorso di Pastörs, ritennero che i termini «proiezione di Auschwitz» ed «uso dell'Olocausto per scopi politici e commerciali»<sup>152</sup> costituissero una negazione qualificata del genocidio ebraico realizzatosi durante il Terzo Reich così come documentato dalla storia. Le autorità nazionali ritennero, inoltre, che il ricorrente non potesse fare affidamento sul proprio diritto alla libertà di espressione. Argomento evidentemente condiviso dal Parlamento, il quale ne revocò l'immunità parlamentare. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non mancando di ricordare l'importanza della libertà di espressione tra i membri del Parlamento, ha tuttavia ritenuto che la scelta di dedicare il proprio intervento alle vittime tedesche di

<sup>144</sup> C. eur. GC, 15.10.2015, *Perinçek c. Svizzera*, § 234, 97 s.

<sup>145</sup> *Ivi*, § 242-250, 100 ss.

<sup>146</sup> *Ivi*, § 252, 103 s.

<sup>147</sup> G. Pavich, A. Bonomi, *op. cit.*, 19.

<sup>148</sup> C. eur., 3.10.2019, *Pastörs c. Germania*.

<sup>149</sup> Sul caso, si veda l'attenta analisi di E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., 33.

<sup>150</sup> §187 *StGB*: «Chiunque intenzionalmente e consapevolmente afferma o diffonde una falsità relativa a un'altra persona che potrebbe diffamarla o denigarla agli occhi dell'opinione pubblica o mettere in pericolo il suo merito creditizio sarà punito con una pena detentiva fino a due anni o con un'ammenda e, se il reato è stato commesso pubblicamente, durante una riunione o attraverso la diffusione di materiale scritto, con una pena detentiva fino a cinque anni o una multa».

<sup>151</sup> § 189 *StGB*: «Chiunque diffama la memoria di una persona deceduta è punito con la reclusione fino a due anni o una multa».

<sup>152</sup> C. eur., 3.10.2019, *Pastörs c. Germania*, § 5, 2.

Wilhelm Gustloff – così evidenziando il contrasto con l'evento commemorativo tenutosi il giorno precedente –, l'aver pronunciato il proprio discorso in Parlamento e la risonanza mediatica di quest'ultimo avessero costituito elementi idonei per ritenere che Pastörs sapesse di non poter fare affidamento sulla propria libertà di espressione.

Non trovò miglior sorte il ricorso proposto innanzi alla Corte d'Appello di Rostock<sup>153</sup>.

Il ricorrente, dunque, adì la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando che la condanna per i reati contestatigli avesse violato il proprio diritto alla libertà di espressione, come garantito dall'art. 10 della Convenzione. Pastörs ritenne che i Tribunali nazionali avessero erroneamente interpretato le sue dichiarazioni, con le quali egli non avrebbe inteso negare l'Olocausto e la sofferenza delle vittime ebree ma solo ricordare anche le sofferenze delle vittime tedesche, non realizzando conseguentemente alcuna violazione dell'art. 17 Cedu.

Il Governo tedesco, diversamente, argomentò che il ricorrente non potesse – proprio alla luce dell'art. 17 Cedu – fare affidamento sul disposto dell'art. 10 Cedu al fine di giustificare le proprie dichiarazioni.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata nuovamente a pronunciarsi su un caso di negazione dell'Olocausto e sul bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione (art. 10 Cedu) ed il divieto di abuso del diritto (art. 17 Cedu), argomentò in tal senso: dopo aver ricordato come l'art. 17 Cedu sia stato invocato in svariati casi di negazione dell'Olocausto al fine di corroborare l'interpretazione dell'art. 10 Cedu ed allo scopo di legittimare un'interferenza degli ordinamenti nella valutazione della legittimità di certe affermazioni, ha colto l'occasione per delineare i caratteri essenziali dell'art. 17 Cedu.

Quest'ultimo viene considerato dalla Corte applicabile esclusivamente su base eccezionale, ossia nelle ipotesi in cui la libertà di cui all'art. 10 Cedu venga strumentalizzata al fine di deviare dal reale obiettivo dell'articolo in parola e, più in generale, dagli scopi della Convenzione.

Nel corso della propria disamina e facendo pregevole uso delle proprie prerogative la Corte ha, quindi, limitato il proprio ambito di operatività nel solo senso di verificare se l'interferenza con il diritto alla libertà di espressione del richiedente fosse necessaria in una società democratica. Nel condividere le argomentazioni in fatto e in diritto formulate dalle Corti nazionali che si erano pronunciate sul caso, la Corte ha valutato come il ricorrente, con il proprio discorso, avesse cercato di sfruttare il proprio diritto alla libertà di espressione allo scopo di promuovere idee contrarie al testo ed allo spirito della Convenzione, minando i valori democratici del sistema convenzionale e pregiudicando la dignità degli ebrei al punto da giustificare una risposta penalmente rilevante.

Essa ha, dunque, affermato che nel presente caso l'interferenza

---

<sup>153</sup> In tal sede il ricorrente rilevò che uno dei tre giudici componenti il collegio – in particolare, il relatore della causa – era il coniuge del giudice della Corte distrettuale che si era pronunciata in primo grado. A nulla valse «*the complaint of bias*» presentato dal ricorrente poiché tale doglianza fu rigettata, dapprima, da un collegio di giudici del quale faceva parte anche il giudice relatore ruscato, successivamente, da un diverso collegio di giudici che prima d'ora non avevano mai avuto alcun contatto con la causa *de qua*.

dell'ordinamento tedesco potesse dirsi sufficientemente motivata nonché proporzionata allo scopo legittimo di evitare dichiarazioni contrastanti con i valori convenzionali e, dunque, «*necessary in a democratic society*»<sup>154</sup>.

Proprio l'elemento dell'intenzione dello *speaker*, cui si è fatto riferimento nella precedente disamina, è risultato determinante nella motivazione della Corte relativamente al caso in esame. Essa, infatti, ha attribuito fondamentale importanza al fatto che Pastörs avesse pianificato il proprio discorso in anticipo, scegliendo accuratamente le parole e cercando di offuscare il proprio messaggio, trasmettendolo esattamente come percepito e compreso dal tribunale regionale, «*as if inserting poison into a glass of water, hoping that it would not be detected immediately*»<sup>155</sup>. Difficilmente il messaggio negazionista viene palesato senza filtri, lapalissianamente. È proprio in ciò che si annida la difficoltà di coglierlo e sanzionarlo. «La sofisticazione del messaggio negazionista sta (anche) nell'evitare accuratamente l'errore di manifestare apertamente elementi istigativi (i negazionisti tutto sono fuorché ingenui), e perché nel contesto storico attuale la presenza di una maggioranza contraria/indifferente al recepimento dei *dicta* negazionisti rende assai improbabile la conversione di un pensiero individuale, ammantato di falsa scientificità, in una istigazione suscettibile di essere accolta»<sup>156</sup>.

La Corte, nel porsi in linea con la propria precedente giurisprudenza in materia di bilanciamento tra gli artt. 10 e 17 Cedu, ha attribuito ancora una volta rilievo anche alle condotte allusive<sup>157</sup>, ritenendo che il ricorrente, palesando il proprio disprezzo per le vittime dell'Olocausto, avesse posto in essere una negazione qualificata inaccettabile di tale fenomeno.

Si noti altresì come il bene giuridico cui la Corte Europea dei diritti dell'uomo si è riferita nella risoluzione della presente controversia sia quello su cui ci si è ampiamente soffermati nel corso del presente lavoro, ossia quello della "dignità", ritenendo che l'interferenza delle autorità nazionali fosse legittima nella misura in cui «le dichiarazioni contestate del ricorrente abbiano pregiudicato la dignità degli ebrei al punto da giustificare una risposta di tipo penalistico»<sup>158</sup>.

Ciò che assume dunque rilievo, ad avviso della Corte, è la dignità degli ebrei. Viene pertanto in gioco la dignità di uno specifico gruppo di soggetti, di una categoria ben individuata e storicamente oggetto di discriminazione. Si prescinde dalla logica della lesione del bene personale per abbracciare la più ampia tutela della categoria destinataria del discorso d'odio, attribuendole meritevolezza.

7. Non sembra potersi esimere in tal sede dal volgere uno sguardo al modo in cui la materia delle *hate crime laws* è stata disciplinata in altri Paesi membri dell'Unione Europea. Potrebbe apparire di particolare interesse prendere ad esame gli interventi normativi sul tema di due Alte Parti dotate di "politiche della differenza"

<sup>154</sup> C. eur., 3.10.2019, *Pastörs c. Germania*, § 48, 15.

<sup>155</sup> *Ivi*, § 45, 14.

<sup>156</sup> M. Caputo, *op. cit.*, 34.

<sup>157</sup> Ci si riferisce, in particolare, al caso C. eur., 20.10.2015, *Dieudonné M'bala M'bala c. Francia*, sul quale, diffusamente, G. Puglisi, *La "satira" negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo*. cit.

<sup>158</sup> C. eur., 3.10.2019, *Pastörs c. Germania*, § 48, 15.

(apparentemente?) opposte: da un lato la Germania, la quale adotta un modello multiculturale e pluralista; dall'altro la Francia, la quale adotta invece una politica assimilazionista<sup>159</sup>.

L'ordinamento tedesco prevede una serie di norme annoverabili nell'alveo dei crimini d'odio<sup>160</sup>.

Di particolare interesse appare una norma che abbiamo già avuto occasione di menzionare nel corso del presente scritto: il § 130 *StGB*, il quale sanziona, per l'appunto, l'incitamento all'odio. Tale disposizione normativa punisce, al primo comma, – con la reclusione da tre mesi a cinque anni – chiunque, in modo da turbare la pace pubblica, incita all'odio nei confronti di un gruppo razziale, religioso o etnico, contro parti della popolazione o contro un individuo a causa della sua appartenenza a un determinato gruppo o parte della popolazione o, in alternativa, chiunque attacca la dignità umana altrui insultando, maliziosamente e con disprezzo, o calunniando un certo gruppo o un individuo a causa della sua appartenenza a una determinata categoria o parte della popolazione<sup>161</sup>.

Il primo pregio immediatamente percepibile di tale strutturazione normativa attiene alla esplicitazione del reato in termini di pericolo concreto: è necessario che il fatto di reato sia posto in essere in modo tale da poter compromettere la pace pubblica, diversamente non può dirsi integrata alcuna fattispecie delittuosa.

*In secundis*, dopo aver per sommi capi individuato alcune delle categorie protette dalla norma in esame (razza, religione ed etnia), il legislatore tedesco introduce una sorta di clausola aperta, volta a tutelare ogni forma di attentato alla dignità del singolo. Tale riferimento al concetto generico di dignità potrebbe costituire efficace strumento per garantire l'adeguamento alle esigenze di una materia in costante divenire come quella in esame, risolvendo il sopra esaminato problema del *numerus clausus* delle categorie protette.

Appare chiaro, inoltre, sin da una prima lettura del primo co. del § 130 *StGB*, come esso miri a tutelare non soltanto la pace pubblica, bensì anche il bene della dignità umana, assumendo pertanto carattere plurioffensivo.

---

<sup>159</sup> Per una definizione dei modelli in esame v. *supra*, par. 2.

<sup>160</sup> Il § 46 *StGB* annovera tra i criteri di commisurazione della pena valutabili da parte del giudice il fatto che l'autore abbia agito spinto da motivi di odio razziale, xenofobo o altrimenti disumani, il § 86 *StGB* criminalizza la diffusione e la propaganda di organizzazioni incostituzionali, il § 86a *StGB* sanziona l'uso di simboli di organizzazioni incostituzionali, il § 126 *StGB* disciplina il reato di «turbativa della pace pubblica mediante la minaccia di reati», il § 130 *StGB* sanziona l'istigazione del popolo all'odio, il § 130a *StGB* disciplina l'istruzione al fine di commettere reati, il § 131 *StGB* disciplina l'apologia alla violenza, il § 140 *StGB* sanziona l'apologia e l'approvazione di reati, il § 166 *StGB* sanziona il vilipendio di culti, comunità e associazioni religiose, il § 168 *StGB* punisce la dissacrazione di tombe, il § 185 *StGB* disciplina l'ingiuria, il § 189 *StGB* prevede la fattispecie di vilipendio della memoria dei defunti, il § 211 *StGB* prevede una ipotesi aggravata di omicidio quando l'agire dell'autore viene motivato da bassi motivi tra cui rientrano anche i motivi d'odio.

<sup>161</sup> Si riporta il testo del § 130 co. 1 *StGB*: «(1) Chiunque, in un modo che possa minare la pace pubblica, 1. incita all'odio contro un gruppo nazionale, razziale, religioso o etnico, contro parti della popolazione o contro un individuo a causa della sua appartenenza a un determinato gruppo o parte della popolazione, esortando a porre in essere violenza o misure arbitrarie o 2. attenta alla dignità umana altrui insultando, maliziosamente con disprezzo o calunniando un determinato gruppo, parti della popolazione o un individuo a causa della sua appartenenza a un determinato gruppo o parte della popolazione, è punito con la reclusione da tre mesi a cinque anni».

In Germania, infatti, il problema dei crimini d'odio non viene inquadrato in un'ottica di tipo simbolico: per quanto nel dibattito tedesco proprio il carattere simbolico delle normative antidiscriminatorie sia stato addotto come argomento a sostegno della loro legittimità, in quanto in grado di rispondere al messaggio di intolleranza veicolato dai crimini d'odio, la dottrina maggioritaria ritiene che la materia in esame vada inquadrata all'interno della teoria del bene giuridico<sup>162</sup>.

L'attenzione dedicata dall'ordinamento tedesco al bene giuridico della dignità – come bene di fondamentale rilievo costituzionale – trova in questo specifico settore il proprio campo d'elezione. Essa si riferisce, in primo luogo, alla dignità della singola vittima del crimine d'odio, la quale viene fatta oggetto di una doppia aggressione: quella perpetrata per il tramite del reato base – il quale può concretizzarsi in un delitto contro la persona o (più raramente) contro il patrimonio – e quella veicolata per il tramite del messaggio discriminatorio alla dignità del singolo.

Questo stesso concetto di dignità si riferisce, altresì, al gruppo di appartenenza della vittima diretta del crimine. Esso percepisce il messaggio di intolleranza e patisce, seppur indirettamente, la discriminazione di cui è stato "oggetto" uno dei propri membri.

Ad ampliare ulteriormente la cornice protettiva del § 130 *StGB* interviene il richiamo effettuato al bene giuridico della pace pubblica. Secondo tale impostazione il crimine d'odio si palesa come idoneo a cagionare un danno all'intera società, ingenerando un clima di intolleranza e paura tale da minare il libero sviluppo dell'individualità dei cittadini<sup>163</sup>.

I commi 3 e 4 del § 130 *StGB* prevedono poi un'apposita disciplina in materia negazionista. Il primo sanziona chiunque, pubblicamente o in una riunione, approva, nega o minimizza le azioni commesse durante il periodo nazionalsocialista previste dal § 6 del codice penale internazionale (*VStGB*)<sup>164</sup> in modo idoneo a turbare la pace pubblica<sup>165</sup>. Il secondo interviene invece a reprimere le condotte di coloro i quali, pubblicamente o durante una riunione, disturbano la pace pubblica in modo da ledere la dignità della vittima, approvando, esaltando o giustificando il dominio violento e arbitrario del regime nazionalsocialista<sup>166</sup>.

<sup>162</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 91

<sup>163</sup> Fondamentale nella presente ricostruzione L. Goisis, *op. ult. cit.*, 93 ss.

<sup>164</sup> § 6 *VStGB*: «Chiunque, intendendo distruggere un gruppo nazionale, razziale, religioso o etnico in quanto tale, in tutto o in parte, 1. uccide un membro del gruppo, 2. danneggia gravemente un membro del gruppo, fisicamente o mentalmente, in particolare secondo le modalità descritte dal § 226 del codice penale, 3. pone il gruppo in condizioni di vita che sono in grado di causarne la distruzione fisica totale o parziale, 4. impone misure per prevenire la nascita all'interno del gruppo, 5. trasferisce con la forza un bambino dal gruppo a un altro gruppo, è punito con l'ergastolo».

<sup>165</sup> § 130 co. 3 *StGB*: «(3) È punito con la pena detentiva fino a cinque anni o un'ammenda chiunque pubblicamente o in una riunione approva, nega o minimizza le azioni commesse durante il governo del nazionalsocialismo, come descritte dal § 6 del codice penale internazionale in modo tale che possa turbare la pace pubblica». Appare significativo ricordare come, invero, prima dell'introduzione del presente co. ad opera della l. 28.10.1994, la Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*, BVG) si fosse già pronunciata (il 13.4.1994) sulla legittimità costituzionale di eventuali interventi legislativi volti a circoscrivere la libertà di opinione al fine di sanzionare le c.d. *Auschwitzlüge* (menzogne di Auschwitz), sul punto E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., 90 ss.

<sup>166</sup> § 130 co. 4 *StGB*: «(4) Chiunque pubblicamente o durante una riunione e in modo da turbare la pace pubblica

Le norme in esame richiedono, come condizioni per la loro consumazione, due limiti espliciti: che l'opinione negazionista sia espressa pubblicamente e che sia idonea a turbare la pace pubblica. In particolare, quest'ultimo requisito – altresì presente nella più generale disciplina del primo comma – costituisce il nodo centrale del giudizio di idoneità. La dottrina ha, tuttavia, discusso sulla qualifica più corretta ed adeguata da fornire all'incriminazione del negazionismo.

Nonostante l'esplicito riferimento della norma al turbamento dell'ordine pubblico, parte degli studiosi sostiene che la norma in esame costituisca un'ipotesi di reato di pericolo astratto, non ritenendo pertanto necessario che la pace pubblica venga concretamente messa in pericolo.

Altra parte della dottrina afferma invece che si tratti di un reato di pericolo astratto-concreto: secondo questa tesi sarebbe sufficiente che il fatto concreto – considerato in tutte le sue effettive modalità di realizzazione – sia dotato di una generica pericolosità, non essendo necessario che il bene giuridico della pace pubblica venga fattualmente leso.

Ad avviso di altri studiosi si tratterebbe di un reato di pericolo concreto. Secondo quest'ultima tesi (che pare essere quella maggiormente attinente al dettato normativo) appare opportuno verificare che le manifestazioni di pensiero negazioniste siano tali da turbare concretamente la pace pubblica, tenendo conto del clima intellettuale del tempo nonché del modo, del luogo e del contenuto dell'esternazione<sup>167</sup>.

Il terzo comma, in particolare, limita ulteriormente il proprio ambito di applicazione alle «azioni commesse durante il periodo nazionalsocialista previste dal § 6 VStGB», il quale a sua volta si rivolge a coloro i quali intendano «distuggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, razziale, religioso o etnico». Sembra potersi individuare un doppio limite insito nella norma in esame.

Deve trattarsi di eventi commessi durante il periodo nazionalsocialista (circoscrivendo dunque l'ambito temporale al solo Olocausto) e che siano stati motivati dall'intento di annientare i membri di uno specifico gruppo individuato in ragione della nazionalità, della razza, del credo religioso o dell'etnia<sup>168</sup>.

La necessità di una normativa antidiscriminatoria e, specificatamente, in tema di negazionismo appare tanto più necessaria – non soltanto in ragione della storia tedesca – se si considera il persistere della diffusione dell'antisemitismo in Germania<sup>169</sup>. Ragione storico-culturale del permanere di tale forma di discriminazione sul territorio potrebbe essere dettata non tanto da una avversione nei confronti degli ebrei in quanto tali bensì, forse, in quanto categoria cui oggi viene riconosciuto un surplus di tutela a seguito degli eventi della Seconda guerra mondiale cui si contrappone un'indelebile

---

viola la dignità della vittima approvando, esaltando o giustificando la violenza e l'arbitrarietà del regime nazista è punito con la reclusione fino a tre anni o una multa».

<sup>167</sup> Puntuale ricostruzione rinvenibile in E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., 40 ss.

<sup>168</sup> Come evidenziato da E. Fronza, *op. ult. cit.*, 37, resterebbero fuori da tale ambito alcune condotte dotate di particolare efferatezza ma non riconducibili nelle categorie protette dal § 6 VStGB quali, ad esempio, le c.d. *Euthanasieaktionen*, anche note con il termine *Aktion T4*, programma nazista volto alla soppressione di soggetti affetti da malattie genetiche ed handicap mentali inguaribili. I disabili, infatti, non rientrano nel novero delle categorie protette dal § 6 VStGB.

<sup>169</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 85.



macchia nella storia della Germania.

Al pari di quest'ultima, anche la Francia si è dotata di un considerevole impianto normativo antidiscriminatorio<sup>170</sup>.

La norma che probabilmente attira maggiormente l'attenzione degli studiosi sul tema è rappresentata dall'art. 225-1 Cp francese (Libro II «*Dei crimini e dei delitti contro le persone*», Titolo II «*Attacchi alla persona umana*», Capitolo V «*Attacchi alla dignità personale*»), il quale, al par. 1, definisce la discriminazione come qualsiasi «*distinzione operata tra le persone fisiche in base alla loro origine, sesso, stato civile, gravidanza, aspetto fisico, particolare vulnerabilità derivante dalla loro condizione economica, apparente o nota al suo autore, al loro cognome, luogo di residenza, stato di salute, perdita di autonomia, handicap, caratteristiche genetiche, costumi, orientamento sessuale, identità di genere, età, opinioni politiche, attività sindacali, capacità di esprimersi in una lingua diversa dal francese, appartenenza o non appartenenza, vera o presunta, a un gruppo etnico, a una nazione, una presunta razza o una determinata religione*»<sup>171</sup>.

Il legislatore francese dimostra una particolare attenzione nel determinare non soltanto le categorie protette dall'ordinamento, ma anche le modalità di aggressione di queste ultime tra le quali l'art. 225-2 Cp francese annovera condotte di per sé lecite come, ad esempio, il rifiuto di fornitura di beni o servizi o l'ostacolare il normale esercizio di una qualsiasi attività economica<sup>172</sup>.

Il combinato disposto di queste due norme garantisce il rispetto dei principi di precisione e sufficiente determinatezza, senza incorrere nel rischio di dar vita a nuovi reati di opinione<sup>173</sup> o di elefantiasi del diritto penale. Alla luce di un così ampio

---

<sup>170</sup> L'art. 132-76 Cp francese prevede un aggravamento sanzionatorio qualora il reato sia commesso ai danni di una vittima in ragione della sua appartenenza o della sua non appartenenza, vera o presunta, ad una razza, un gruppo etnico, una nazione o una religione determinata, l'art. 132-77 Cp francese prevede un aggravamento sanzionatorio qualora il reato sia commesso con modalità discriminatorie dal punto di vista del sesso, dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, l'art. R. 625-7 Cp francese sanziona l'istigazione *non pubblica* alla discriminazione, all'odio o alla violenza, gli artt. 625-8 e 625-8-1 Cp francese sanzionano, rispettivamente, la diffamazione e l'ingiuria non pubblica motivata da ragioni di appartenenza della vittima o meno ad un gruppo etnico, una nazione, una presunta razza o una determinata religione.

<sup>171</sup> Art. 225-1 par. 2 Cp francese: «(2) La discriminazione è anche una distinzione operata tra le persone giuridiche sulla base dell'origine, del sesso, dello stato civile, della gravidanza, dell'aspetto fisico, della particolare vulnerabilità derivante dal noto al suo autore, patronimico, luogo di residenza, stato di salute, perdita di autonomia, disabilità, caratteristiche genetiche, abitudini, orientamento sessuale, identità di genere, età, opinioni politiche, attività sindacali, capacità di esprimersi in una lingua diversa dal francese, appartenente o meno all'appartenenza, vera o presunta, a un gruppo etnico, a una nazione, una presunta razza o una determinata religione dei membri o di determinati membri di queste persone giuridiche».

<sup>172</sup> Art. 225-2 Cp francese: «(1) La discriminazione di cui agli articoli da 225-1 a 225-1-2, commessa nei confronti di una persona fisica o giuridica, è punibile con una pena detentiva di tre anni e un'ammenda di 45.000 euro se consiste in: 1 ° rifiutare la fornitura di beni o servizi; 2 ° ostacolare il normale esercizio di qualsiasi attività economica; 3 ° rifiutare di assumere, sanzionare o licenziare una persona; 4 ° rendere la fornitura di beni o servizi soggetta a una condizione basata su uno degli elementi di cui all'articolo 225-1 o previsto dagli articoli 225-1-1 o 225-1-2; 5 ° fare un'offerta di lavoro, una richiesta di tirocinio o di un periodo di formazione in una società soggetta a una condizione basata su uno degli elementi di cui all'articolo 225-1 o previsto dagli articoli 225-1-1 o 225-1-2; 6 ° rifiutare di accettare una persona a uno dei tirocini di cui al 2 ° articolo L. 412-8 del codice di previdenza sociale. (2) Quando il rifiuto discriminatorio di cui al 1 ° viene commesso in un luogo che accoglie il pubblico o allo scopo di vietare l'accesso ad esso, le sanzioni sono aumentate a cinque anni di reclusione e ad una multa di 75.000 euro».

<sup>173</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 113.

ventaglio di categorie tutelate sembra potersi affermare che la libera manifestazione del pensiero non possa sfociare nella discriminazione, a qualsiasi titolo operata, dovendosi pur sempre garantire il rispetto delle «condizioni minimali della *pari dignità*»<sup>174</sup>.

La cura e l'attenzione riposta del legislatore francese nella strutturazione di tale impianto normativo antidiscriminatorio lascia intravedere una nozione positiva di modello assimilazionista: non tanto disinteresse da parte dello Stato nei confronti delle differenze culturali, quanto piuttosto totale omologazione di ogni forma di diversità.

Anche l'ordinamento francese dedica una specifica attenzione alle esternazioni negazioniste. Una normativa *ad hoc* in materia è stata introdotta con l'entrata in vigore della *Loi Gaysot*<sup>175</sup>, la quale ha inserito all'interno della legge sulla stampa francese (l. 29.7.1881) l'art. 24 *bis*, il quale sanziona coloro che contestano l'esistenza di uno o più crimini contro l'umanità (definiti tali dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale allegato all'Accordo di Londra dell'8.8.1945) commessi da membri di un'organizzazione dichiarata criminale (ai sensi dell'art. 9 dello Statuto medesimo), oppure da una persona condannata per tali crimini da una giurisdizione francese o internazionale.

La medesima norma sanziona, al secondo paragrafo, coloro i quali negano, minimizzano o banalizzano in modo oltraggioso, l'esistenza di un crimine di genocidio diverso da quelli menzionati nel primo paragrafo, di un altro crimine contro l'umanità, di un crimine di schiavitù o di sfruttamento di una persona schiavizzata o di un crimine di guerra così come definito dagli articoli 6,7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, quando questo crimine abbia dato origine ad una sentenza di condanna pronunciata da una giurisdizione francese o internazionale<sup>176</sup>.

Il richiamo alle definizioni di certi fenomeni fornite dallo Statuto del Tribunale militare internazionale o dallo Statuto della Corte penale internazionale costituisce, al tempo stesso, una limitazione dell'ambito applicativo della norma ed una garanzia di certezza per il destinatario della norma medesima, così rispettando il principio di tassatività della fattispecie.

<sup>174</sup> D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, cit., 8. L'A. dedica la sua analisi conclusiva al rapporto tra libertà di espressione e tutela della dignità prendendo le mosse dai dolorosi eventi del caso *Charlie Hebdo*.

<sup>175</sup> Sul tema v. L. Cajani, *Diritto penale e libertà dello storico*, in AA.VV., *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo fra storici e giuristi*, a cura di G. Resta – V. Zeno-Zencovich, Napoli 2012, 391 ss.

<sup>176</sup> Art. 24 *bis* l. 29.7.1881: «(1) Saranno puniti con un anno di reclusione e una multa di 45.000 € coloro che hanno contestato, con uno dei mezzi di cui all'articolo 23, l'esistenza di uno o più crimini contro l'umanità come definiti dall'articolo 6 dello statuto del tribunale militare internazionale allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945 e che sono stati commessi dai membri di un'organizzazione dichiarata criminale ai sensi dell'articolo 9 dello statuto, oppure da una persona condannata per tali crimini da una giurisdizione francese o internazionale. (2) Saranno puniti con le stesse pene coloro che hanno negato, sminuito o banalizzato, con uno dei mezzi di cui all'articolo 23, l'esistenza di un crimine di genocidio diverso da quelli menzionati nel primo paragrafo di questo articolo, un altro crimine contro l'umanità, un crimine di schiavitù o lo sfruttamento di una persona schiavizzata o di un crimine di guerra come definito agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale firmata a Roma il 18 luglio 1998 e agli articoli da 211-1 a 212-3, da 224-1 A a 224-1 C e da 461-1 a 461-31 del codice penale, quando: 1° Questo crimine ha dato origine a un condanna pronunciata da un tribunale francese o internazionale; [Disposizioni dichiarate non conformi alla Costituzione dalla decisione del Consiglio costituzionale n. 2016-745 DC del 26 gennaio 2017.] Il tribunale sarà in grado di ordinare in aggiunta: 1° La pubblicazione o la diffusione della decisione pronunciata alle condizioni previste dagli articoli 131-35 del codice penale».

Ancora, in entrambi i paragrafi la punibilità del reo è subordinata ad una pronuncia sul tema di una Corte francese o internazionale, andando dunque a costituire un limite all'applicazione della norma medesima. «Il giudicato diventa, pertanto, elemento costitutivo ed essenziale del reato»<sup>177</sup>.

Tale condizione normativa, inserita nel 1990, non suscita oggi particolari perplessità, specie se si pone mente al fatto che essa ha, in qualche modo, anticipato la DQ 2008/913/GAI la quale, all'art. 1 par. 4, consente agli Stati membri di rendere punibili le affermazioni negazioniste «solo qualora tali crimini siano stati accertati da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato membro e/o di un tribunale internazionale»<sup>178</sup>.

Alla luce di tale sintetica analisi sembra possibile evidenziare come ciascuna normativa abbia i propri punti di forza che potrebbero rivelarsi utili in una eventuale prospettiva *de iure condendo*.

L'ordinamento tedesco dedica una tutela particolare al bene della dignità. Essa rappresenta il bene posto in posizione apicale dalla Costituzione tedesca la quale, non a caso, si apre – all'art. 1 – con l'espressione: «La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla»<sup>179</sup>.

L'ordinamento francese, dal canto suo, dimostra un'attenzione particolare per la tutela delle diversità, riuscendo comunque a rispettare il diritto alla libera manifestazione del pensiero sancito all'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino<sup>180</sup> la quale viene, a sua volta, richiamata nel Preambolo della Costituzione francese<sup>181</sup>.

## 8. Quale sanzione (penale?) per aver manifestato la propria opinione?

L'impianto sanzionatorio previsto dalla normativa italiana nel contrasto ai crimini d'odio ha suscitato in dottrina prese di posizione contrastanti.

Vi è, da un lato, chi ritiene che la cornice edittale prevista dall'art. 604 *bis* Cp non sia poi così insoddisfacente. Ciò in quanto quest'ultima norma differenzia il trattamento sanzionatorio in ragione del tipo di condotta che viene posta in essere: l'ipotesi *sub a* prevede la reclusione fino ad un anno e sei mesi o la multa fino a 6.000

<sup>177</sup> E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., 50.

<sup>178</sup> Art. 1 par. 4, DQ 2008/913/GAI: «All'atto dell'adozione della presente decisione quadro o in un momento successivo, uno Stato membro può fare una dichiarazione secondo cui renderà punibili la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di cui al paragrafo 1, lettere c) e/o d), solo qualora tali crimini siano stati accertati da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato membro e/o di un tribunale internazionale, oppure esclusivamente da una decisione passata in giudicato di un tribunale internazionale».

<sup>179</sup> Sul tema L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 95 ss.

<sup>180</sup> Il citato art. 11 sancisce che «la libera manifestazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo; ogni cittadino può dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla Legge».

<sup>181</sup> Preambolo alla Costituzione francese: «Il popolo francese proclama solennemente la propria adesione ai diritti umani e ai principi di sovranità nazionale come definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata e integrata dal preambolo della Costituzione del 1946, nonché ai diritti e doveri definiti nella Carta ambientale del 2004. In virtù di questi principi e di quello dell'autodeterminazione dei popoli, la Repubblica offre ai territori d'oltremare che manifestano la volontà di aderire a loro nuove istituzioni fondate sull'ideale comune di libertà, uguaglianza e fraternità e progettato per il loro sviluppo democratico».

euro per la propaganda/istigazione a commettere atti di discriminazione; l'ipotesi sub b, invece, punisce con la reclusione da sei mesi a quattro anni le condotte istigatorie volte alla commissione di atti violenti o la materiale commissione di questi ultimi. Si realizzerebbe in questo modo, come efficacemente affermato in dottrina, una «escalation verso la “violenza”»<sup>182</sup>.

Altri studiosi dubitano, invece, che la reclusione o la pena pecuniaria<sup>183</sup> possano spiegare una concreta efficacia rieducativa<sup>184</sup> con riferimento a siffatte condotte penalmente rilevanti, proponendo, piuttosto, di prendere maggiormente in considerazione le pene accessorie<sup>185</sup> (come, ad esempio, lavori di pubblica utilità a favore della categoria fatta oggetto di discriminazione dal reo<sup>186</sup>).

Anche sul tema delle pene accessorie si sono registrate opposte prese di posizione, ad esempio, con riguardo alla questione concernente la pubblicazione della sentenza di condanna. Da un lato vi è chi ritiene che la lettura in udienza di un dispositivo particolarmente articolato che lasci percepire il disvalore sociale della condotta possa fungere da congruo deterrente; dall'altro vi è chi, opinando diversamente, valuta in modo negativo i rischi di siffatta condotta, considerandola idonea a martirizzare il reo e facendo dunque, in un certo senso, il suo stesso gioco<sup>187</sup>.

Proseguendo nel solco di questa analisi, parte della dottrina – nel ribadire la funzione di *extrema ratio* della sanzione penale – ritiene che, nella delicata materia dei crimini d'odio, potrebbe apparire più proficuo agire in via preventiva, predisponendo «azioni positive d'informazione e di formazione»<sup>188</sup>. Altri ancora immaginano la possibilità di un giudizio penale che si svolga in forma di «dialettica “sorvegliata”», cercando di bilanciare la responsabilizzazione del reo con l'evitare le possibili derive autoritarie<sup>189</sup>.

Certo è che, se un ruolo deve essere attribuito allo strumento penalistico, esso

---

<sup>182</sup> L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 306.

<sup>183</sup> Sulla valorizzazione della pena pecuniaria come alternativa alla pena detentiva, v. L. Goisis, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano 2008; sul tema v. anche Ead., *Le pene pecuniarie. Storia, comparazione, prospettive*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22.11.2017.

<sup>184</sup> Sulla difficile conciliabilità tra carcere e finalità rieducativa della pena, v. tra gli altri T. Travaglia Cicirello, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Milano 2018, 62 ss.

<sup>185</sup> G. Puglisi, *La parola acuminata*, cit., 1354. L'A., riferendosi al disposto dell'art. 1, co. 1 bis, d.l. 122/1993 conv. in l. 205/1993, richiama la possibilità per il giudice di disporre di differenti sanzioni tra le quali «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 co. 1-ter; b) obbligo di rientrare nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora entro un'ora determinata e di non uscirne prima di altra ora prefissata, per un periodo non superiore ad un anno; c) sospensione della patente di guida, del passaporto e di documenti di identificazione validi per l'espatrio per un periodo non superiore ad un anno, nonché divieto di detenzione di armi proprie di ogni genere; d) divieto di partecipare, in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche o amministrative successive alla condanna, e comunque per un periodo non inferiore a tre anni».

<sup>186</sup> Sull'idea del confronto tra vittima e autore del reato, v. L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 336.

<sup>187</sup> Contrapposizione rinvenibile in F. Bacco, *Dalla dignità all'eguale rispetto*, cit., 229 ss. Alla prima corrente di pensiero si rifà M. Caputo, *op. cit.*, 50; *Contra* A. di Martino, *op. cit.*, 209 ss.

<sup>188</sup> A. Pugiotta, *Le parole sono pietre?*, cit., 12.

<sup>189</sup> F. Bacco, *Dalla dignità all'eguale rispetto*, cit., 233 ss. A tal proposito l'A. specifica come «di primo acchito tale prospettiva potrebbe apparire come una sorta di “tribunale delle opinioni”, esposto al rischio di torsioni illiberali; tale obiezione, è però ben applicabile anche all'attuale situazione ordinamentale. Di fatto il sindacato su forme di espressione è presente anche oggi: un giudizio su opinioni il quale risulta prevalentemente affidato alla sensibilità culturale del giudicante, senza potersi sottrarre alle relative precomprensioni».

dovrà individuarsi in un'ottica di prevenzione generale positiva<sup>190</sup>. E che non vi siano troppi dubbi in ordine alla necessità di un intervento penale è dato proprio dal disposto dell'art. 3 della DQ 2008/913 GAI (non a caso rubricato «Sanzioni penali»), il quale sancisce come «ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i comportamenti di cui agli articoli 1 e 2 siano resi punibili con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive».

Sempre prendendo ad esame la Sezione I *bis* del nostro codice penale («Dei delitti contro l'uguaglianza») la non bilanciabilità dell'aggravante dell'odio razziale di cui all'art. 604 *ter* Cp sembra garantire l'efficacia della disposizione normativa. Analogamente, l'esclusione del bilanciamento non pare invece prevista con riguardo all'aggravante negazionista di cui al terzo co. dell'art. 604 *bis* Cp, rischiando conseguentemente di renderla concretamente inapplicabile.

Quanto all'esame del rispetto del requisito della proporzionalità, il secondo par. dell'art. 3 della DQ 2008/913 GAI stabilisce che la pena detentiva massima sia «compresa almeno tra uno e tre anni»<sup>191</sup>. L'utilizzo del termine "almeno" sembra consentire ai legislatori nazionali di potersi muovere con relativa libertà nel determinare il quantum sanzionatorio.

Leggendo in combinato disposto il primo par. dell'art. 3 (il quale fa riferimento alla proporzionalità della sanzione) ed il secondo par. (il quale individua un'approssimativa cornice edittale, seppur esclusivamente nel massimo) può ritenersi proporzionata una sanzione di tipo detentivo che si muova entro i limiti tracciati dalla Decisione Quadro.

Non sembrano pertanto porsi in contrasto con le disposizioni sovranazionali (e, conseguentemente, con il principio di proporzionalità da queste sancito) le cornici edittali individuate dal legislatore italiano attraverso l'art. 604 *bis* Cp<sup>192</sup>.

L'aspetto più problematico della triade efficacia-proporzionalità-dissuasività può essere individuato proprio in quest'ultimo elemento.

Il concetto di dissuasività evoca inevitabilmente l'ottica preventiva tipica del diritto penale. Ciò che però in tale frangente sembra opportuno chiedersi è se la dissuasività si rivolga meramente alla sanzione o, anche, al precetto su cui essa si fonda e che ne costituisce il presupposto applicativo. In tale ottica appare propositivo il messaggio di quella parte di dottrina che ritiene di dover guardare «al diritto penale, anche come strumento che tramite i precetti, piuttosto che con le sanzioni, può contribuire a veicolare un messaggio di forte disapprovazione [...] il disagio connesso all'opzione sanzionatorio-detentiva quale eventuale risposta penale in tema di libertà di espressione, induce a chiedersi se la dimensione simbolica possa assurgere anche al

---

<sup>190</sup> V. *supra*, par. 2.

<sup>191</sup> Corsivo nostro.

<sup>192</sup> L'art. 604 *bis* Cp prevede: al primo co. lett. *a* la reclusione *fino ad un anno e sei mesi, o con la multa fino a 6.000 euro*, per le condotte di istigazione e propaganda volte a commettere atti discriminatori; al primo co. lett. *b* la reclusione *da sei mesi a quattro anni* per le condotte di istigazione o provocazione volte a commettere atti di violenza o per la commissione stessa di atti violenti per ragioni discriminatorie; al secondo co. (prima parte) la reclusione *da sei mesi a quattro anni* per la sola partecipazione o assistenza all'organizzazione avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali; al secondo co. (seconda parte) la reclusione *da un anno a sei anni* per i promotori e i dirigenti di siffatte organizzazioni; al terzo co. la reclusione *da due a sei anni* per le condotte propagandistiche o istigatorie di stampo negazionista.

rango di “funzione primaria”»<sup>193</sup>.

La veicolazione di questo messaggio di disapprovazione agisce tanto in fase preventiva quanto in fase retributiva. Il suo previo accoglimento induce il destinatario del messaggio medesimo a non opporsi ad esso. In siffatte situazioni è possibile affermare come sia prevalsa sul destinatario del messaggio, sia concettualmente che istituzionalmente, «la componente sociale/simbolica rispetto a quella di costosità afflittiva»<sup>194</sup>.

Un eventuale mancato preliminare accoglimento, invece, deve trovare riscontro nella fase della comminatoria edittale. In tal sede viene ad assumere rilievo fondamentale la funzione rieducativa della pena (art. 27 co. 3 Cost.), da intendere come «naturale prosecuzione di un processo di orientamento culturale ai valori intrinsecamente unitario e continuo, diretto, sin dal momento della comminatoria a dislocare su tutti e ciascuno dei consociati la responsabilità e la garanzia primaria del mantenimento delle condizioni irrinunciabili della convivenza civile»<sup>195</sup>. Obiettivo dell'ordinamento deve essere, pertanto, quello di far comprendere al reo nella fase di comminatoria edittale ciò che non ha compreso nella fase ammonitiva (intesa in termini di prevenzione generale negativa mediante intimidazione).

La costante ricerca di equilibrio che connota tematiche delicate come quella in esame – dove si è chiamati a bilanciare beni di primaria importanza come la libera manifestazione del pensiero e la dignità del prossimo<sup>196</sup> – porta a svolgere alcune riflessioni. La pena detentiva o la pena pecuniaria (ossia le classiche sanzioni che connotano l'impianto punitivo penalistico) potrebbero non essere le più idonee a garantire il rispetto della funzione rieducativa della pena<sup>197</sup>. La delicatezza della materia comporta la necessità di intervenire in modo “nuovo” e, in qualche misura, “simbolico” affinché il reo possa comprendere il senso della pena irrogatagli.

Analogamente, il lavoro di pubblica utilità<sup>198</sup> potrebbe non sortire alcun influsso sulla psiche e sul pensiero di colui il quale, ad esempio, esterna opinioni negazioniste. Certamente, però, esso non reca con sé gli effetti desocializzanti tipici di una pena detentiva che determina la privazione della libertà personale.

Ferme restando le sanzioni “classiche” del diritto penale – a nostro avviso

<sup>193</sup> F. Bacco, *Dalla dignità all'eguale rispetto*, cit., 232 ss.

<sup>194</sup> S. Bonini, *op. cit.*, 249.

<sup>195</sup> G. de Vero, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *RIDPP*, 2002, 451.

<sup>196</sup> Un problema concernente il bilanciamento tra esigenze di persecuzione di crimini di stampo discriminatorio e tutela della dignità e riservatezza delle vittime è stato puntualmente sollevato da M. Pelissero, *Omofobia*, cit., 27, il quale afferma, relativamente alla circostanza aggravante di cui all'art. 3 l. n. 205/1993, che «dovrebbe essere eliminata la rigidità della procedibilità d'ufficio che accentua la pubblicizzazione dell'interesse tutelato in distonia con la dimensione personalistica propria di tale circostanza, che esprime il particolare disvalore insito nell'offesa alla dignità umana della vittima».

<sup>197</sup> M. Pelissero, *Omofobia*, cit., 27 «Il lavoro di pubblica utilità andrebbe previsto non come pena aggiuntiva, ma semmai come sanzione sostitutiva della pena detentiva, evitando che la pena si carichi del simbolismo del contrappasso e della vendetta, del tutto incapace di precostituire un clima favorevole alla rieducazione dell'autore del fatto».

<sup>198</sup> Assimilabile al c.d. *stage de citoyenneté* francese, nuova pena «finalizzata a ricordare all'autore di reato, specie all'autore di atti razzisti, antisemiti od omofobici, i valori repubblicani della tolleranza e del rispetto della dignità umana su cui si fonda la società»: in L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 113.

irrinunciabili –, un buon temperamento potrebbe essere quello di graduarne l'esecuzione, posticipandone l'«irrogazione all'eventualità in cui il programma rieducativo non venga osservato»<sup>199</sup>.

Sembra in ogni caso potersi affermare che, a prescindere dalla predilezione per un impianto sanzionatorio più o meno “classico”, il ricorso al diritto penale sia irrinunciabile, in quanto il solo in grado di preservare l'impianto valoriale delle moderne società<sup>200</sup> e di adeguarsi alle necessità del caso concreto<sup>201</sup>.

9. Nel corso del presente lavoro si è cercato di mettere in evidenza, senza alcuna pretesa di esaustività, le problematiche ed i dubbi sollevati dalla legislazione antidiscriminatoria, definita a più riprese come una normativa simbolica.

Per quanto si sia tentato di arginare la (indubbia) componente simbolica delle norme passate in rassegna ci si chiede, in sede conclusiva, se una certa dose di simbolismo non sia piuttosto insita nel diritto penale. In fondo, quando si riflette sulla funzione rieducativa della pena o sulla funzione di orientamento culturale della norma, non si evoca anche ed in parte una loro componente simbolica? Non parrebbe in tal sede forzato affermare che la funzione di orientamento culturale del diritto penale, calata nel contesto criminoso in esame, possa fungere da monito per evitare i corsi e ricorsi storici di vichiana memoria.

Chiaro è che il sistema non può degenerare nel dar vita a norme insuscettibili di applicazione semplicemente per assecondare l'opinione pubblica<sup>202</sup>, tuttavia si ritiene che non sia il simbolismo *tout court* a dover essere demonizzato quanto, piuttosto, la sua degenerazione.

La criminalizzazione del discorso razzista, in generale, appare opportuna nella misura in cui reprime condotte potenzialmente idonee a produrre conseguenze dannose tanto su scala individuale quanto su scala sociale, le quali costituiscono, altresì, argomento a sostegno della legittima limitazione della libertà di manifestazione del pensiero<sup>203</sup>.

L'incriminazione del negazionismo, in particolare, rappresenta un invito ad aprire gli occhi sui potenziali rischi del vigente sistema<sup>204</sup>. Pur potendosi in astratto condividere l'opinione di quanti ritengono che lo sviluppo della “cultura della memoria” sia una battaglia da condurre esclusivamente a livello culturale, storico e

---

<sup>199</sup> G. Puglisi, *La parola acuminata*, cit., 1353 ss.

<sup>200</sup> G. Puglisi, *op. ult. cit.*, 1356; L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., 308.

<sup>201</sup> «La sanzione, pur restando contrassegno formale della norma penale, viene rivestita con fogge che ne mutano la natura prettamente afflittiva per dare luogo a forme ‘narrativo-pedagogiche’ tese a potenziare la dimensione contenutistica e comunicativa del precetto»: così F. Bacco, *Dalla dignità all'eguale rispetto*, cit., 230 ss.

<sup>202</sup> In dottrina si è parlato di «norma penale simbolica-compromesso», ossia di «norme emesse per accontentare l'opinione pubblica, sensibilizzatasi circa l'opportunità di tutelare penalmente certi beni di interesse collettivo minacciati dall'attività incontrollata di lobbies e gruppi di interesse economico potenti, ma strutturate dal legislatore in modo tale da preservare di fatto i destinatari della norma da effettivi rischi di criminalizzazione in concreto» in E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale: Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino 2018, 482. L'A. si riallaccia ad autorevolissima dottrina la quale considera tali norme come dotate di una «ineffettività disnomica», C. E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *RIDPP*, 1990, 540.

<sup>203</sup> A. Tesauo, *La propaganda razzista*, cit., 965.

<sup>204</sup> D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, cit., 2 ss.

sociologico<sup>205</sup> e che il diritto (*rectius*, il diritto penale) possa costituire terreno ostico sul quale condurre un simile dibattito<sup>206</sup>, non sembra però possibile non notare come, se ciò fosse davvero realistico, non si sarebbe avvertita l'esigenza – preliminarmente a livello europeo e, conseguentemente, anche a livello nazionale – di “giuridicizzare la storia”<sup>207</sup>, di mantenere sempre vivo un ricordo – particolarmente doloroso – mediante l'introduzione di una norma che sanzioni il negazionismo. La necessità di questo intervento palesa, invero, un'autentica patologia del sistema.

Il diritto penale diviene reazione all'incapacità politica di difendere la verità storica, diventa strumento di intensità simbolica, così accreditando regole sociali volte a coltivare obiettivi di orientamento culturale. Una norma che criminalizzi il discorso negazionista veicola l'attenzione dei consociati verso i valori offesi da siffatto discorso, valori che dovrebbero presumersi come consolidati nell'attuale società. Non si può correre il rischio che la storia si ripeta. «Negare, abolire, annientare il deposito mnemonico della Shoah significa rimuovere ciò che è stato e fornire un piano inclinato perché riaccada»<sup>208</sup>.

Il disvalore del negazionismo non si arresta agli interessi individuali delle vittime dell'Olocausto, espandendosi sino a calpestare tutti quei valori annientati dagli orrori della Seconda guerra mondiale e risorti, come araba fenice, dalle proprie ceneri, andando a costituire la pietra angolare su cui è stata edificata l'attuale comunità internazionale<sup>209</sup>. Questi valori camminano sulle gambe della memoria ed è compito di ciascun consociato preservarli in quanto essi costituiscono il bagaglio culturale della società moderna in cui viviamo.

Questi valori riposano, altresì, nell'animo delle vittime di un crimine d'odio e di coloro i quali, pur non essendone stati attinti, provano solidarietà nei loro confronti, professando un valore che nella moderna società multiculturale dovrebbe (ma il condizionale è d'obbligo) essere tanto acquisito quanto scontato: l'uguaglianza.

Per tale ragione – e per le altre, più eloquenti, che si è cercato di enucleare nel corso delle pagine precedenti – si ritiene in tal sede di concordare con quanti ritengono che, comunque, una risposta da parte del diritto penale debba pur essere data, non soltanto al negazionismo<sup>210</sup>, quanto all'odio in generale. Perché sebbene si ritenga che oggi un tale assunto non abbisognerebbe di essere ulteriormente ribadito, sembra doveroso ricordare, ancora una volta, che senza memoria non può esservi futuro e che senza uguaglianza non può esservi libertà.

---

<sup>205</sup> Sul rapporto tra diritto e storiografia, M. Caputo, *op. cit.*, 12 ss.

<sup>206</sup> Di tale avviso, autorevole dottrina tra cui S. Canestrari, *op. cit.*, 149 ss.; M. Donini, *op. cit.*, 1587; M. Romano, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in S. Canestrari, L. Stortoni, *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna 2009, 219. Di contrario avviso D. Pulitanò, *Cura della verità e diritto penale*, in G. Forti, G. Varraso, M. Caputo, *op. cit.*, 22 ss.

<sup>207</sup> E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., 4.

<sup>208</sup> «Il diritto tende sempre più a proporsi come strumento privilegiato di tutela della memoria; la memoria diviene assieme “bene” da difendere e luogo in cui è possibile commettere crimini»: M. Caputo, *op. cit.*, 27 ss.

<sup>209</sup> M. Pelissero, *La parola pericolosa*, cit., 45.

<sup>210</sup> Per tutti, G. Forti, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *RIDPP*, 2016, 1059.