DIRITTIFONDAMENTALI.IT
rivista on-line

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2019
Data di pubblicazione – 2 gennaio 2019

Considerazioni critiche sulla legittimità costituzionale del "nuovo" reato di istigazione all'odio razziale

di
Ignazio Spadaro*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Genesi e contenuto dell'abrogato art. 3 l. 654/1975 - 3. I dubbi di costituzionalità prospettati in dottrina - 4. segue: Le risposte fornite dalla giurisprudenza - 5. Il nuovo art. 604-bis c.p.: l'«eguaglianza» come bene giuridico protetto - 6. segue: Il divieto di discorsi discriminatori come scelta di normazione interna - 7. Considerazioni conclusive

1. Premessa

Il 6 aprile 2018 è entrato in vigore il decreto legislativo n. 21 dello stesso anno[1], col quale il Governo, in attuazione del principio della «riserva di Codice» di cui al nuovo art. 3-bis c.p.[2], ha trasferito nel Codice penale, appunto, numerose fattispecie della legislazione speciale. Tra queste ultime si colloca, all'art. 604-bis, il reato originariamente previsto dall'articolo 3 della legge n. 654/1975 (c.d. legge

* Dottorando di ricerca in Giurisprudenza nell'Università degli studi di Catania.

[1] Emanato il 1° marzo 2018, sulla base della delega conferita al Governo dall'art. 1, co. 82 e 85, lett. q, legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando). Per un quadro d'insieme sui contenuti di tale atto normativo v. per tutti il commento di M. CHIAVARIO, *Una riforma dalle molte facce*, in *Leg. pen.*, dicembre 2017, p. 1 ss., cui *adde* A. GALLUCCIO, *Pubblicata in Gazzetta Ufficiale la riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7-8/2017, pp. 200-201.

[2] Su tale principio (peraltro non vincolante per il Parlamento: cfr., *mutatis mutandis*, la sent. Cost. 22 aprile 1997, n. 111, § 14, sull'allora art. 1 legge 8 giugno 1990, n. 142, ed il par. Cons. St. 26 luglio 2011, n. 2602/2011, §§ 14-15, sull'art. 13-bis legge 23 agosto 1988, n. 400) v. M. DONINI, *L'art. 3* bis *c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc., n.* 4/2018, p. 429 ss., cui *adde*, criticamente, M. PAPA, *Dal Codice penale "scheumorfico" alle* playlist, in *Dir. pen. cont.*, n. 5/2018, p. 129 ss., e M. GALLO, *La cosiddetta riserva di codice nell'art. 3-bis: buona l'idea, non così l'attuazione*, in *DPC*, novembre 2018, p. 1 ss.

Mancino)[3], ed ora rubricato «Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa». Com'è noto, riguardo alla compatibilità di tale figura criminosa con l'art. 21 Cost., sulla libertà di manifestazione del pensiero, dottrina e giurisprudenza tendono a divergere, poiché alle severe critiche formulate dalla prima ha corrisposto un orientamento assai più tollerante da parte della seconda, testimoniato dall'omesso sollevamento di questioni di costituzionalità[4].

A quest'ultimo proposito, anzi, sembra quantomeno significativo che il 9 luglio scorso il Procuratore della Repubblica di Torino abbia avvertito la necessità di riorganizzare il lavoro all'interno del proprio Ufficio (per organico e numero di processi, uno dei più rappresentativi su base nazionale), assegnando i reati *ex* art. 604-bis c.p. alla medesima articolazione interna che già si occupava di figure criminose di particolare allarme sociale (terrorismo ed eversione)[5] e raccomandandone addirittura la trattazione «prioritaria», come pure la non archiviazione *ex* art. 131 c.p.[6]. Alla base di tale decisione vi sarebbe un «sensibile aumento» delle condotte criminali motivate da intolleranza etnico-religiosa; aumento non solo rilevato a livello di cronaca, ma altresì formalizzato «in sede politico-istituzionale»[7].

L'attualità della problematica e, contestualmente, la (presumibile) imminenza delle prime applicazioni della nuova disposizione rendono opportuno esaminarne compiutamente i contenuti. Ciò al duplice scopo di saggiare l'effettiva condivisibilità delle censure rivolte alla disciplina precedente, nell'ampia misura in cui essa è stata riproposta, nonché di tentare qualche riflessione ulteriore, alla luce di alcuni profili testuali, di per sé originali.

---

[3] Legge 13 ottobre 1975, n. 654, di ratifica ed esecuzione della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale* (ICERD), su cui v. meglio *infra*, § 2.
[4] V. *infra*, rispettivamente § 3 e § 4.
[5] Direttiva Proc. Rep. Torino 9 luglio 2018, prot., n. 2851/2018 SP, recante appunto «Direttive per un più efficace contrasto dei reati motivati da ragioni di odio e discriminazione etnico-religiosa e per la più rapida trattazione degli Affari dell'Immigrazione, nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone».
[6] *Ibid*., lett. A), rispettivamente n. 1 e n. 2.
[7] *Ibid*., I cpv.

dirittifondamentali.it

2. Genesi e contenuto dell'abrogato art. 3 l. 654/1975

Nella sua formulazione iniziale, l'articolo 3 della summenzionata legge n. 654/1975 incriminava anzitutto la diffusione di «idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale», l'incitamento alla discriminazione o alla violenza e, ancora, la provocazione a quest'ultima, qualora il movente fosse rintracciabile nell'appartenenza della vittima ad un determinato gruppo «nazionale, etnico o razziale» (comma 1). Essa vietava, inoltre, ogni «organizzazione o associazione» volta all'incitamento all'odio o alla discriminazione razziale, punendone membri e favoreggiatori (comma 2), con aggravio sanzionatorio per eventuali capi e promotori (comma 3). In tal modo, il legislatore dava puntuale attuazione all'articolo 4 della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* (ICERD), redatta nove anni prima in seno all'Organizzazione della Nazioni Unite e ratificata dall'Italia ai sensi dell'art. 1 della stessa l. 654/1975, ancora in vigore[8]. A sua volta, tale trattato aveva conferito concretezza a dichiarazioni di principio rinvenibili in seno a svariati altri documenti internazionali[9], tra cui, in particolare, la risoluzione delle Nazioni Unite n. 1904 del 1963[10], che all'articolo 9 aveva per l'appunto esortato gli Stati a «condannare severamente» e «punire per legge» ogni forma di propaganda o associazione di carattere razzista. Sul piano politico, peraltro, quest'ultimo documento aveva particolare pregnanza poiché, oltre a promanare da un organo, l'Assemblea generale, rappresentativo di tutti i Paesi membri, era stato licenziato direttamente in commissione e senza necessità di voto, attraverso la tecnica del *consensus*, a testimonianza dell'ampia convergenza suoi contenuti[11].

---

[8] Più precisamente, la Convenzione è stata conclusa a New York il 7 marzo 1966, ma sottoscritta dall'Italia solo il 13 marzo 1968.

[9] V. il preambolo della Convenzione (I, II, IV, V, XI e XII *considerando*).

[10] Ris. A/RES/1904(XVIII), adottata dall'Assemblea Generale il 20 novembre 1963 e intitolata «*United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*».

[11] Alla considerazione operata nel testo potrebbe forse obiettarsi che proprio la minore rappresentatività della commissione rispetto al *plenum* e l'assenza di voto palese deprimono, anziché accrescerlo, il grado di legittimazione dell'atto. Tale appunto, tuttavia, non coglierebbe nel segno poiché, da una parte, la risoluzione fu adottata da un *Main Committee* composto da un rappresentante per ciascuno Stato (art. 100 dell'odierno *Regolamento di procedura*), e, dall'altra, il perfezionamento del *consensus* presuppone comunque l'assenza di voti contrari, laddove – va

Negli anni successivi, malgrado alcune modifiche testuali[12], l'impianto della disposizione è rimasto pressoché invariato, finché la legge n. 115/2016[13] vi ha introdotto, al comma 3-bis, un'aggravante speciale a carico di chi neghi l'esistenza dei crimini di genocidio, contro l'umanità o di guerra, «come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale»[14]. Alla base di tale intervento vi è stata la volontà, da parte del legislatore, di uniformarsi a precisi obblighi di fonte sovranazionale, come si evince, oltre che dai lavori preparatori[15], anche dalla sostanziale sovrapponibilità del nuovo comma col testo dell'art. 1, lett. c, della decisione quadro 2008/913/GAI, adottata dal Consiglio dell'Unione europea nel novembre 2008[16]. Tale coincidenza, peraltro, soltanto l'anno successivo è stata perfezionata con l'aggiunta, tra le condotte tipiche, della «minimizzazione grossolana» e dell'«apologia», ad opera della legge n. 167/2017, il cui articolo 5 era dichiaratamente orientato a conformare l'ordinamento italiano alla suddetta decisione e a scongiurare, così, una possibile condanna da parte della Corte di giustizia[17].

---

aggiunto – la mera astensione (*id est*: indifferenza) da parte di un Governo su un tema tanto politicamente e moralmente impegnativo sembra improbabile.

[12] V. *infra*, § 3.

[13] Legge 16 giugno 2016, n. 115, rispetto alla quale si è rivelata calzante la riflessione anticipata, appena due anni prima, da G. M. TERUEL LOZANO, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in *Riv. AIC*, n. 2/2014, *passim*.

[14] *Statuto di Roma della Corte penale internazionale*, sottoscritto il 17 luglio 1998 in seno alle Nazioni Unite e ratificato dall'Italia ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232.

[15] La decisione quadro è espressamente richiamata sia nella presentazione scritta del relativo DDL (S. 54), datata il 15 marzo 2013, sia nei *dossier* successivamente prodotti dai Servizi di studio della Camera (*Dossier n° 291*, 15 aprile 2015, pp. 2-3) e del Senato (*Nota breve n. 47*, febbraio 2015, p. 4). Essa, inoltre, ricorre più volte durante la discussione in aula: v. tra gli altri, al Senato, l'intervento della prima firmataria, sen. S. AMATI, in *Resoconto stenografico della 387ª seduta pubblica*, 10 febbraio 2015, p. 17 ss. e, alla Camera, quelli dell'on. I. MANZI, in *Resoconto stenografico della 500ª seduta pubblica*, 12 ottobre 2015, p. 9, e dell'on. A. MAROTTA, in *Resoconto stenografico della 501ª seduta pubblica*, 13 ottobre 2015, p. 61. Tutti i testi sono reperibili nei corrispondenti siti *web* istituzionali (*www.camera.it*, *www.senato.it*).

[16] Per un commento sulla decisione, incentrata «sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale», v. almeno C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2009, p. 645 ss.

[17] È significativo che l'art. 5 della legge 20 novembre 2017, n. 167, sia rubricato appunto «Disposizioni per la completa attuazione della decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale - Caso EU Pilot 8184/15/JUST». Sul tema v. da ultimo P. CAROLI, *Aggravante di negazionismo e nuove condotte*

dirittifondamentali.it

A riprova della pressione probabilmente avvertita dal legislatore italiano, deve segnalarsi che, come si è poc'anzi evidenziato con riferimento alla Convenzione del 1966, anche la decisione quadro approfondiva un solco scavato da atti precedenti: la direttiva 2000/43/CE[18] e, soprattutto, l'azione comune 96/443/GAI[19].

3. I dubbi di costituzionalità prospettati in dottrina

Come si è accennato, sin dalla loro prima approvazione le norme in esame hanno suscitato numerose perplessità tra gli studiosi, alcuni dei quali vi hanno ravvisato l'infoltimento di una categoria di illeciti, i cc.dd. reati d'opinione[20], di cui, al contrario, si era da più parti auspicata l'abrogazione[21]. Limitando, in questa sede, l'analisi al solo art. 604-bis c.p.[22], i profili d'incostituzionalità evidenziati sono tre.

In primo luogo, si è rilevato un difetto di tassatività e determinatezza nella descrizione delle condotte punibili, col rischio – si è sostenuto – di aggirare il principio di legalità in materia penale (art. 25, co. 2 Cost.), oltre che di rendere più

---

tipiche, in *Dir. pen. proc*., n. 5/2018, p. 605 ss., mentre sugli iniziali rilievi di parte europea, cui si allude nel testo, v. ampiamente il *Dossier n. 498*, p. 16 ss., messo a punto dal Servizio studi del Senato (*www.senato.it*).

[18] Adottata dal Consiglio dell'Unione europea il 29 giugno 2000 e incentrata sul principio della «parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica».

[19] Adottata dal Consiglio il 15 luglio 1996, ai sensi dell'allora art. K.3 TUE. Analogamente a quanto si è già osservato per la risoluzione ONU n. 1904, anche con riferimento a questo strumento può ritenersi che la sua adozione all'unanimità sia indice di un'ampia convergenza sul suo contenuto, da parte dei vari Paesi.

[20] Sulle fattispecie integranti tale categoria, ferma restando l'assenza – lamentata anche da M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. giust*., n. 4/2015 – di chiari riferimenti legislativi, v. per tutti il lungo catalogo compilato da E. LAMARQUE, *I reati di opinione*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2011[3], pp. 141-142.

[21] In dottrina, v. *ex multis* C. FIORE, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 2/2016, p. 900, secondo il quale «Una democrazia "aperta" dovrebbe assolutamente evitare il ricorso a reati ideologici»; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, *ibid*., p. 689 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2014[7], pp. 18-19; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. proc*., n. 8/2006, p. 960 ss., e D. PULITANÒ, *Riforma dei reati d'opinione?*, in *Corr. giur*., n. 6/2006, p. 746, i quali ultimi hanno ritengono insufficiente lo "sfoltimento" operato dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85. Meritano di essere richiamate, infine, le ben tre iniziative referendarie promosse negli anni Settanta del secolo scorso, su cui v. A. BARBERA - A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 32 ss.

[22] Per un'ampia panoramica sulle censure mosse agli altri reati d'opinione, in questa sede non può che rinviarsi a E. LAMARQUE, *I reati*, cit., p. 155 ss., e L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, *passim*.

dirittifondamentali.it

difficoltoso l'esercizio del connesso diritto di difesa (art. 24, co. 2 Cost.)[23]. Invero, soprattutto il rinvio allo Statuto della Corte penale internazionale finisce per porre molti più problemi definitori di quanti non riesca a risolvere: la clausola di chiusura del I paragrafo dell'art. 7 St. ICC, ad esempio, è piuttosto generica, laddove essa ricomprende nella categoria dei «crimini contro l'umanità», da una parte, ogni atto «inumano», e, dall'altra, ogni condotta «analoga» a quelle, assai eterogenee tra loro[24], indicate nella prima parte del medesimo articolo. Inoltre, è evidente come almeno uno dei comportamenti menzionati nel comma 3-bis, la «minimizzazione in modo grave», richieda per il suo accertamento l'impiego di parametri in parte metagiuridici (la verità storica da cui il reo si discosti) ed in parte discrezionali (la necessaria "gravità" di siffatto scostamento), con conseguente pregiudizio per la certezza e l'oggettività del diritto[25].

Una seconda censura attiene, invece, al mancato rispetto dei principi di *extrema ratio* e di offensività. Questi ultimi, com'è noto, prevedono che in tanto i diritti fondamentali possono essere compressi dalla sanzione penale, in quanto ciò sia necessario per evitare la lesione di un interesse di rango pari o superiore. Ebbene, nel caso dell'odierno art. 604-bis c.p. è stata spesso segnalata un'anticipazione eccessiva dell'intervento sanzionatorio, il quale – in tesi – finirebbe per operare a

[23] V. le perplessità addotte, con riferimento all'allora art. 3 l. 654/1975, da G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *DPC*, luglio 2016, pp. 3-4. Sul nesso sussistente, a livello superprimario, tra i principi richiamati nel testo v., anche per i ricchi rinvii giurisprudenziali, la sistematizzazione proposta da V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, ottobre 2013, p. 16 ss., reperibile in *www.cortecostituzionale.it*.

[24] Basti pensare che esse spaziano dall'imprigionamento allo stupro, dalla tortura all'*apartheid*. Similmente, e sempre a titolo esemplificativo, la lett. e) della medesima disposizione incrimina tutte le «forme di privazione della libertà personale», alla duplice condizione che esse siano «gravi» e che violino norme internazionali «fondamentali», ma non chiarisce la portata né del primo, né del secondo aggettivo; l'art. 6 St. ICC ricomprende tra i crimini di genocidio l'inflizione di «gravi» lesioni fisio-psichiche; l'art. 8 St. ICC, dedicato ai crimini di guerra, stigmatizza ogni trattamento idoneo a «violare la dignità delle persone» (§ 2, lett. b, n. xxi). Il rischio che tale vaghezza descrittiva si traduca in una disparità di trattamento di condotte in realtà analoghe è segnalato da E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1028.

[25] Invero, come ricorda E. FRONZA, *Il negazionismo*, cit., p. 133, «[n]on esiste alcuna versione definitiva ed accettata della storia ed è opinione comune della comunità degli storici che [una tale versione] non possa e non debba esistere».

seguito di un pregiudizio meramente potenziale e, quindi, ancora incerto[26]. Anche nel 2006, del resto, allorché il legislatore aveva ritenuto opportuno restringere il campo a forme di condotta che potessero dirsi "attivizzanti", ridefinendo la mera "diffusione" di idee come "propaganda" e l'"incitamento" come "istigazione"[27], cionondimeno egli ne confermava la punibilità *ex se*, a prescindere, vale a dire, dall'effettiva commissione di un atto materialmente discriminatorio. Alcuni commentatori si sono spinti a dubitare dell'esistenza stessa di un bene giuridico da proteggere[28] o, comunque, di un bene meritevole di prevalere nel bilanciamento con la libertà di espressione[29]; tanto più che l'aggressione sarebbe in qualche misura stemperata dal fatto di rivolgersi contro un intero gruppo sociale, anziché contro il singolo individuo[30].

Quanto appena osservato lascia già intravedere la terza censura che mette qui conto richiamare: la dubbia compatibilità della disciplina in esame con l'art. 21 Cost. Quest'ultimo, infatti, nel momento in cui garantisce a «tutti» la libertà di «manifestare» e «diffondere» le proprie idee, escluderebbe in radice la possibilità di sanzionare un individuo per «per ciò che [egli] pensa», quantunque possa apparire

---

[26] Di mera «ipotesi futuribile» ha scritto C. FIORE, *I limiti di espressione*, cit., p. 900.

[27] Sulla distinzione tra propaganda e mera diffusione di idee v. la storica sent. Cost. 22 giugno 1966, n. 87, § 3, anche nei commenti di A. VIVIANO, *La libertà di diffusione delle opinioni politiche nel quadro costituzionale*, in *Temi*, 1966, p. 551 ss. e G. AMATO, *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in *Dem. dir*., 1966, p. 485 ss. Da ultimo, v. poi la sent. Cass. pen. 25 giugno 2015, n. 36906, annotata da R. CAPPITELLI, *Il reato di propaganda di idee fondate sull'odio razziale o etnico all'esame della giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen*., n. 3/2016, p. 1011 ss., la quale ha comunque inteso le suddette modifiche testuali a conferma della lettura restrittiva da essa già da tempo adottata (§ 4).

[28] Di «rinvi[o] a realtà socio-normative poco afferrabili», dal carattere «astratto e proteiforme», scrive, con riferimento all'aggravante di negazionismo, E. FRONZA, *Il negazionismo*, cit., p. 134.

[29] Sempre a proposito del divieto di negazionismo, dubita che la "memoria storica" costituisca un bene giuridico meritevole di tutela penale M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 4/2008, p. 1588. Per altro verso, A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 2/2016, p. 1002, ha stigmatizzato il ricorso ad una velata «pubblicizzazione artificiale dei beni giuridici» suscettibili di essere lesi dal discorso negazionista, che avrebbe indotto il legislatore a «ingigant[ire] ed assolutizza[re] l'offesa» al solo scopo giustificare l'intervento censorio.

[30] Lo ha osservato, con riferimento al previgente art. 3 l. 654/1975, A. SPENA, *Libertà di espressione*, cit., pp. 714-715.

«offensivo, irriguardoso, blasfemo, inopportuno»[31]. D'altronde, in tanto ha senso apprestare tutela giuridica ad un certo diritto, in quanto si abbia altrimenti motivo di temerne la lesione, ed ai Padri costituenti non può essere certo sfuggita l'improbabilità di una censura contro discorsi che fossero stati innocui o, comunque, conformi ad orientamenti universalmente condivisi[32]. Ad argomentare diversamente, si è ancora osservato, si rischierebbe di ripiegare su un «diritto penale delle intenzioni»[33], proprio di concezioni del potere «strutturalmente autoritarie» e, quindi, incompatibili con l'odierno Testo fondamentale[34].

4. segue: *Le risposte fornite dalla giurisprudenza*

La Corte di cassazione, malgrado abbia sovente avvertito, da una parte, la necessità di chiarire il significato delle disposizioni in esame ("razzismo", "discriminazione" *etc.*), così implicitamente confermandone l'imprecisione semantica[35], dall'altra ha poi sempre giudicato manifestamente infondate le relative eccezioni di incostituzionalità, sulla base ora del principio di adeguamento del diritto interno a quello internazionale ed europeo (art. 117, co. 1 Cost.), ora della diversità concettuale tra «manifestazione» del pensiero (costituzionalmente garantita) e «incitamento» all'azione (legittimamente vietato), ora, infine, della necessità di tutelare la «pubblica tranquillità» e la «dignità» delle vittime[36].

Nessuno di tali argomenti, tuttavia, pare decisivo. In primo luogo i giudici sembrano non tenere nel debito conto la circostanza che la libertà di espressione

---

[31] A. SPENA, *op. ult. cit.*, p. 708.

[32] Così, tra gli altri, C. ESPOSITO, *La bestemmia nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 990, e ID., in *Giur. cost.*, 1968, p. 990, cui *adde*, con riferimento al *political speech*, già S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 157.

[33] In quest'ordine di idee, rispetto ai reati di apologia e propaganda, R. ZACCARIA, *Il dissenso politico ideologico alla luce dei principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2016, p. 891.

[34] Lo afferma, tra gli altri, A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2016, p. 1002.

[35] Cfr. la sent. Cass. pen., n. 34713/2016, cit., §§ 6-7.

[36] Così la sent. Cass. pen., n. 34713/2016, cit., §§ 5 e 9, e, di nuovo, la sent. Cass. pen., n. 37581/2008, § 5.2, cit., cui *adde* (limitatamente alla dignità umana) la sent. Cass. 22 novembre 2012, n. 47894 e la sent. Trib. pen. Verona 24 febbraio 2005, n. 2203, adesivamente commentata da L. PICOTTI, *Diffusione di idee 'razziste' e incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. merito*, n. 9/2006, p. 1960 ss.

risulta destinataria di puntuale tutela anche a livello internazionale ed europeo: l'art. 10 CEDU e l'art. 11 CDFUE, infatti, non si limitano a riconoscere la libertà in esame ad «ogni individuo», ma si preoccupano di chiarirne, altresì, il contenuto, individuandolo nella «libertà di opinione» e in quella «di ricevere o di comunicare informazioni o idee» senza alcuna ingerenza da parte delle Autorità. Com'è noto, le suddette disposizioni, essendo contenute, rispettivamente, in un trattato sottoscritto dall'Italia e in un atto normativo europeo (per di più di rango *lato sensu* costituzionale), costituiscono senz'altro dei «vincoli» per il legislatore interno, ai sensi dell'art. 117, co. 1 Cost. Oltre a ciò, non può trascurarsi la particolare "resistenza" detenuta dall'art. 21 Cost. quale principio fondamentale dell'ordinamento[37], idoneo, pertanto, a fungere da controlimite[38] ad ogni norma, internazionale o europea, che contrasti con esso.

Quanto alla pretesa esclusione di ogni discorso "attivizzante" dall'applicabilità della garanzia costituzionale, basti osservare come essa finisca per riproporre una lettura (la c.d. teoria dei limiti logici) che la Corte costituzionale ha

[37] Cfr. le enfatiche definizioni che della libertà d'espressione ha fornito, a più riprese, la Corte costituzionale: «pietra angolare dell'ordine democratico» (sent. Cost. 2 aprile 1969, n. 84), «ordine dell'ordinamento democratico» (sent. Cost. 2 luglio 1968, n. 98), «[elemento] coessenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione» (sent. Cost. 21 marzo 1968, n. 11), «cardine di democrazia nell'ordinamento generale» (sent. Cost. 29 aprile 1985, n. 126). Per la tesi, peraltro ancora minoritaria, secondo cui anche alla fedeltà al diritto europeo dovrebbe tuttavia riconoscersi natura di principio fondamentale v. A. SPADARO, *Dalla crisi istituzionale al Governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al "populismo sovranista"*, in *Forum Quad. Cost. Rass.*, n. 5/2018, p. 7.

[38] Com'è noto, l'intangibilità dei principi costituzionali fondamentali è stata costantemente ribadita dalla Corte sin dalla sent. Cost. 18 dicembre 1973, n. 183, § 9. Sul tema v. più di recente, oltre alle "storiche" le sentt. Cost. 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349, sulla diversa valenza delle norme pattizie e dell'Unione europea, la sent. Cost. sent. Cost. 22 ottobre 2014, n. 238, § 3.2, sui limiti all'adattamento automatico *ex* art. 10 Cost., nonché, ancora con riferimento al diritto europeo, la sent. Cost. 10 aprile 2018, n. 115, § 8. Sulle pronunce testé citate v. almeno P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2406 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, n. 5/2007, p. 3564 ss.; A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito in-terno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Cons. online*, 2014, p. 1 ss.; ID., *Taricco, amaro finale di partita*, in *Cons. online*, fasc. n. 3/2018, p. 492 ss. Sempre in dottrina, ma nel quadro di considerazioni più ampie, cfr. poi A. CARIOLA, *La giustizia costituzionale*, in A. CIANCIO (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 121 ss., cui *adde*, riguardo alla immodificabilità della «forma repubblicana» *ex* art. 139 Cost., già A. CIANCIO, *I valori fondanti della Repubblica italiana a sessant'anni dalla sua nascita*, in EAD., *Persona e 'Demos'*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 174.

progressivamente abbandonato, pur in assenza di un'espressa motivazione, già a partire dagli anni Sessanta[39].

Poco convincente appare, ancora, il riferimento alla difesa della dignità umana: esso, infatti, ancorché possa forse trovare qualche appiglio in dottrina[40], oltre che nella giurisprudenza costituzionale sul «buon costume» (art. 21, co. 6 Cost.)[41], si scontra col carattere soggettivo e, potenzialmente, onnicomprensivo del concetto in discorso[42], ciò che, in definitiva, ne rende inopportuna, se non addirittura rischiosa, l'assunzione a limite di un diritto fondamentale.

Quanto, infine, alla «pubblica tranquillità» quale ulteriore bene giuridico suscettibile di offesa, delle due l'una: o si ricostruisce la norma in termini di pericolo concreto, rendendola però, in tal modo, inoperante[43], oppure, come fa per

---

[39] Invero, già le sentt. Cost. 4 febbraio 1965, n. 9 e 22 giugno 1966, n. 87, pur continuando a distinguere testualmente tra «propaganda» e «manifestazione del pensiero» propriamente intesa, sembravano ricomprendere anche la prima nel campo applicativo dell'art. 21 Cost., fermo retando che il vero e proprio *revirement* si è consumato soltanto a partire dalla sent. Cost. 2 aprile 1969, n. 84, § 5, annotata da A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost*., 1969, p. 1178 ss. Anche in dottrina la teoria in esame, condivisa principalmente da S. FOIS, *Principi costituzionali*, cit., pp. 113 ss. e G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in AA.VV., *Legge penale e libertà di pensiero*, Padova, CEDAM, 1966, pp. 81-82, è rimasta minoritaria e può oggi dirsi superata: cfr., tra le altre, le vivaci critiche mosse già da P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 16-17, e, più di recente, da L. ALESIANI, *I reati*, cit., pp. 144-145.

[40] V. in particolare C. CERETI, *Pensiero (Libertà di)*, in *Noviss. Dig. it*., vol. XII, Torino, UTET, 1976, p. 866; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, CEDAM, 2009, p. 228 ss.; L. BUSCEMA, *Gli altri siamo noi: il rispetto della dignità e dell'identità culturale dei popoli e dei singoli individui quali limiti alla libera manifestazione del pensiero*, in *Dir. fond*., n. 2/2013, p. 23 ss.

[41] Al riguardo v. già la sent. Cost. 9 luglio 1992, n. 368, annotata, tra gli altri, da J. LUTHER, *Un'interpretazione adeguatrice a favore del commercio di videocassette di contenuto pornografico*, in *Giur. it*., n. 6/1993, p. 1162 ss., e, soprattutto, la successiva sent. Cost. 11 luglio 2000, n. 293, § 3, con nota di A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, in *Giur. cost*., n. 4/2000, p. 2245 ss.

[42] Di «vaghezza e ambiguità» semantiche scrive espressamente G. M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Riv. AIC*, n. 4/2014, p. 9 ss., cui *adde* l'approfondita riflessione condotta, tra gli altri, da C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria del* discorso pubblico, Bologna, BUP, 2013, p. 110 ss. La sensazione manifestata nel testo non muta, peraltro, in prospettiva comparatistica: cfr. per tutti, già a partire dal titolo, P. CASSIA, *Dignité(s). Une notion juridique insaisissable?*, Parigi, Dalloz, 2016, *passim*, e L. BURGOGUE-LARSEN (a cura di), *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, *passim*.

[43] Invero, nella pratica è assai difficile configurare ipotesi non di scuola, in cui le condotte incriminate (*in primis*, la "propaganda" o la mera "appartenenza" ad associazioni razziste) possano compromettere, di per sé, l'ordinata convivenza.

l'appunto la Cassazione, vi si ravvisa una presunzione forte di dannosità, secondo un giudizio prognostico che, tuttavia, non appare affatto scontato[44].

Le considerazioni sin qui svolte inducono a concludere che, allo stato, non si sia ancora addivenuti ad una teorizzazione soddisfacente, idonea a fugare una volta per tutte i sospetti d'incostituzionalità sulla disciplina in oggetto e, dunque, sulla nuova come già sulla vecchia disposizione. Ciò conferma l'opportunità di procedere ad un attento esame della novella, la quale presenta, invero, ulteriori spunti di riflessione.

5. Il nuovo art. 604-bis c.p.: l'«eguaglianza» come bene giuridico protetto

Il primo dato che mette conto evidenziare è l'emersione, nel nuovo testo, dell'interesse tutelato con la minaccia sanzionatoria: l'«eguaglianza» quale bene giuridico individuale, come si ricava dalle rubriche, rispettivamente, della Sezione e del Titolo del Codice in cui le fattispecie sono state trasposte[45].

Nell'impossibilità di soffermarsi in questa sede sull'articolato dibattito, tuttora in corso, sul concetto di bene giuridico[46], ai fini delle presenti riflessioni sembra sufficiente ancorare tale nozione alla configurabilità di un diritto soggettivo, costituzionalmente fondato, di porre in essere un dato comportamento (o di godere di una determinata cosa); diritto che la condotta tipica sia suscettibile di compromettere[47]. Ebbene, sotto entrambi questi profili la ricostruzione dell'eguaglianza come "bene" appare quantomeno problematica, come si evince dalle considerazioni che seguono.

---

[44] Di questo avviso, di recente, A. TESAURO, *La propaganda d'odio tra tutela della dignità umana e danno ad altri. Più ombre che luci*, relaz. al convegno "Giornate sul diritto dell'informazione" (Siena, 17-18 maggio 2018), il quale ha evidenziato il «difetto di causalità necessaria» tra le condotte incriminate e le relative (temute) lesioni, denunciando pertanto il ricorso, da parte del legislatore, ad un'illiberale «epistemologia del sospetto».

[45] Più precisamente: l'art. 2 d. lgs. 21/2018 ha creato un'apposita Sezione I-bis («Dei delitti contro l'eguaglianza») in seno al Titolo XII («Dei delitti contro la persona») del Libro II.

[46] Sul tema v. ampiamente G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2010[6], p. 4 ss., cui *adde*, per alcuni risvolti sul versante ermeneutico, T. D'AGUANNO, *Legge penale (interpretazione della)*, in *Dig. disc. pen. Agg.*, Torino, UTET, 2004, pp. 537-538.

[47] Così, ad esempio, nel sequestro di persona (art. 605 c.p.) la vittima subisce indebite limitazioni della propria libertà di movimento, che le spetta *ex* art. 13 Cost.; l'art. 624 c.p. tutela la proprietà privata, «riconosciuta e garantita» dall'art. 42 Cost.; l'art. 582 c.p. punisce atti lesivi dell'integrità psicofisica dell'aggredito (cioè della sua salute: art. 32 Cost.) e così via.

Sul piano esegetico giova anzitutto osservare che, secondo l'art. 3 Cost., tutti i cittadini «sono» uguali, mentre all'art. 17 Cost. essi «hanno» il diritto di riunirsi, all'art. 18 Cost. «hanno» quello di associarsi, e così via. Questo dato, ancorché non determinante, rende quantomeno ragionevole supporre che l'art. 3, co. 1 Cost. veicoli più la descrizione di uno *status* giuridico che la puntuale attribuzione di un diritto. In secondo luogo, deve considerarsi che in tanto un qualsiasi diritto può essere giuridicamente concepito, in quanto esso abbia un oggetto. Ciò vale, all'evidenza, anche per l'eguaglianza; senonché, ad oggi, ogni tentativo dottrinale di enunciarne compiutamente il contenuto (individuandolo ora nella «parità formale dei cittadini di fronte alla forza e all'efficacia della legge»[48], ora nella «pari attitudine ad essere titolari di situazioni giuridiche»[49]) sembra essersi risolto in una tautologia: oggetto del "diritto" di uguaglianza, cioè, sarebbe… l'uguaglianza medesima[50]. D'altro canto, anche a voler accogliere le suddette definizioni, non può ignorarsi come esse, nella prospettiva del singolo individuo, tendano ad appiattirsi sulla mera capacità giuridica, la quale, oltre a costituire più un "presupposto" di diritti che diritto essa stessa, figura in una disposizione costituzionale distinta ed autonoma (art. 22 Cost.). In ogni caso, è difficilmente contestabile che l'eguaglianza, così intesa, si colloca in una dimensione astratta e, quindi, inattaccabile dalla pronuncia di discorsi razzisti, non meno che da qualsiasi altro genere di condotta materiale; sicché, a ben vedere, il mantenimento di una norma penale votata alla sua difesa sarebbe ancor più che una violazione del principio di offensività: sarebbe un vero e proprio *nonsense* giuridico.

Qualora invece si cerchi di interpretare l'uguaglianza in un'accezione più prossima alla concretezza delle interazioni sociali, nell'ottica, cioè, di un equo riparto dei diritti e dei doveri e, quindi, di una discriminazione "ragionevole" tra soggetti che versino in situazioni diverse, ecco che il suo oggetto diventa «un

---

[48] C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954, p. 43.

[49] Così M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Il diritto al lavoro*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 87 ss.

[50] In quest'ordine d'idee, sembra, A. S. AGRÒ, *Art. 3*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, 1975, p. 126.

giudizio di relazione»[51], il cui esito dipenderà – come anche la Corte costituzionale ha più volte ricordato[52] – dal criterio volta per volta individuato dal legislatore: «*eguaglianza tra chi?*», «*eguaglianza in che cosa?*»[53]. All'impossibilità, logica oltre che giuridica, di concepire il diritto ad un "bene" ontologicamente "relativo" (sprovvisto, cioè, di una fisionomia sua propria) potrebbe, forse, rimediarsi facendo coincidere quest'ultimo col "corretto esercizio del potere legislativo": l'art. 3, co. 1 Cost., cioè, legittimerebbe ciascun consociato a pretendere che il Parlamento si astenga non già da "qualsiasi" discriminazione, ciò che sarebbe anche solo concettualmente impossibile[54], bensì da quelle discriminazioni che siano – per usare un'espressione cara alla Corte – «irragionevoli»[55]. Ciò, tuttavia, sembra avere

---

[51] Sent. 1966, n. 89, § 3, su cui v. le opposte critiche di V. GREVI, *Il nuovo art. 297 comma 3 c.p.p. di fronte alla Corte costituzionale: una sentenza deludente ed elusiva del giudizio di ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, n. 7/1996, p. 2098 ss. e A. MOSCARINI, *Un buon uso della tecnica della ragionevolezza in tema di applicazione delle misure cautelari*, in *Giur. cost.*, n. 2/1996, p. 836 ss. Di «natura ontologicamente fluida» dell'eguaglianza, con conseguente, ineliminabile «*incertezza*» di ogni giudizio su di essa – anche al di fuori della dimensione giuridica – ha scritto A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, UTET, 2006, p. 68.

[52] V., tra le altre, la sent. Cost. 16 marzo 1960, n. 15, annotata da G. FERRARA, *Corte costituzionale ed eguaglianza*, in *Dir. radiodiff. telecomunicaz.*, 1976, p. 197 ss. e da L. PALADIN, *Una questione di eguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 149 ss.

[53] Gli interrogativi richiamati nel testo appartengono, com'è noto, alla riflessione di N. BOBBIO, *Eguaglianza* in *Enciclopedia del Novecento*, vol. II, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1976, p. 322.

[54] V. la sent. Cost. 28 novembre 1961, n. 64, § 2, dove si legge che «un ordinamento che non distingua situazione da situazione […] non è nemmeno pensabile, anche perché finirebbe in sostanza col non disporre regola alcuna» e cfr. le analoghe riflessioni condotte da C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia*, cit., p. 26 e H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, trad. it., Milano, Einaudi, 1975, p. 52 ss.

[55] Invero, come evidenziano A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014[5], p. 115 ss., nei ragionamenti della Corte il giudizio sulla ragionevolezza delle leggi si sarebbe progressivamente "emancipato" dal puntuale riferimento all'art. 3 Cost. Sul tema in generale v. comunque, all'interno di una letteratura assai vasta, G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, UTET, 1994, p. 143 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001; M. LA TORRE - A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, CEDAM, 2002, p. 159 ss.; A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 4/2006, p. 531 ss.; F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009; J. LUTHER, *Ragionevolezza delle leggi*, 2011 (agg.), reperibile in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, ottobre 2013, in *www.cortecostituzionale.it*; G. PERLINGIERI - A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2017. Per qualche

più dell'interesse legittimo che di un "vero" diritto soggettivo[56], specie sotto il profilo della tutela in sede giurisdizionale, la quale, anzi, nel caso del "diritto" in esame è ancora più blanda, mancando all'individuo la facoltà di impugnare gli atti legislativi che egli ritenga illegittimi.

Non sorprende, pertanto, che numerosi studiosi abbiano optato per una concezione oggettiva dell'eguaglianza, ravvisando, cioè, nell'art. 3 Cost. un comando rivolto al legislatore, anziché una concessione ai singoli consociati[57]. E si capisce anche perché si sia sempre più spesso parlato dell'eguaglianza alla stregua non già di un diritto, bensì di un «valore»[58], di una «supernorma» ermeneutica[59] o, ancor più frequentemente, di un «principio generale»[60].

Anche rispetto a tale ultima accezione – analogamente a quanto osservato sull'eguaglianza come capacità giuridica – è difficile comprendere quale minaccia

---

(problematica) applicazione v. per tutti G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2018², p. 168 ss.

[56] Segnala, non a caso, un'assimilazione del controllo di uguaglianza al sindacato sull'eccesso di potere A. CELOTTO, *Art. 3*, cit., pp. 70-71, cui si rinvia anche per i ricchi riferimenti dottrinali. Da notare che, per come ricostruita nel testo, la posizione giuridica in esame abbraccia qualsiasi prodotto normativo, ivi compresi quelli che impongano obblighi o divieti, con la singolarità di dar vita ad un "diritto"… a un "dovere" o a un "non potere": sul punto cfr. A. S. AGRÒ, *Art. 3*, cit., p. 126, e da ultimo, con particolare riferimento ai doveri di solidarietà *ex* art. 2 Cost., A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 2/2017, p. 2.

[57] Tale "comando" è stato variamente definito in dottrina: ad esempio, C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia*, cit., p. 30, ha ravvisato nell'art. 3 co. 1 Cost., in maniera forse un po' riduttiva, un mero divieto di leggi *ad personam*, mentre A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, p. 563, e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, CEDAM, 1976⁹, p. 1020, ne hanno tratto rispettivamente l'obbligo, per il legislatore, di conferire alle norme la «massima universalità possibile», ovvero di rispettare le «regole della logica». Secondo A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 1976, p. 7 ss., il medesimo articolo dovrebbe intendersi alla stregua di un richiamo ai principi di generalità e astrattezza delle norme giuridiche, laddove B. CARAVITA DI TORITTO, *Art. 3*, in V. CRISAFULLI - L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 1990, p. 13 ss., vi riconosce piuttosto un «dovere di coerenza», da osservarsi in sede di produzione normativa. Sui fattori che hanno influenzato tale processo, per così dire, di "oggettivizzazione" del concetto di eguaglianza v. A. CELOTTO, *op. cit.*, p. 69

[58] G. CARCATERRA, *Corso di filosofia del diritto*, Roma, Bulzoni, 1996, p. 169.

[59] C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., p. 1023.

[60] Così, testualmente, la sent. Cost. 17 marzo 1966, n. 25, § 1, su cui v. almeno S. LARICCIA, *Gruppi sociali ed eguaglianza giuridica*, in *Foro amm.*, 1966, II, p. 117 ss. Più in generale, va comunque segnalato che le pronunce della Corte costituzionale in cui l'uguaglianza figura come «principio» sono quasi milleseicento, mentre le decisioni in cui ricorre la dizione «diritto» sono appena una decina.

concreta possa mai provenire dal discorso razzista. Si potrebbe forse ritenere che l'art. 604-bis c.p. miri ad impedire che una retorica intollerante provochi, alla lunga, un «avvelenamento culturale», suscettibile – in tesi – di persuadere i soggetti investiti della *potestas* pubblica ad approvare (nel caso di parlamentari e ministri), a tollerare (Capo dello Stato, giudici costituzionali) o, ancora, ad applicare con severità (giudici comuni, funzionari amministrativi) norme apertamente discriminatorie. Invero, che un tale rischio esista è innegabile, come testimonia quanto storicamente avvenuto, non solo in Italia, nella prima metà del secolo scorso. Tuttavia, tale lettura, oltre a non trovare conforto nei lavori preparatori e a contraddire il carattere individuale del bene protetto (si ricordi la collocazione tra i «delitti contro la persona»), non farebbe che rafforzare il sospetto di un'eccessiva anticipazione dell'intervento penale e non sarebbe, quindi, accettabile; tanto più che il condizionamento delle Assemblee legislative, quando si dispieghi con modalità socialmente intollerabili, è già autonomamente punito come delitto «contro la Pubblica Amministrazione», *ex* art. 338 c.p.

6. segue: *Il divieto di discorsi discriminatori come scelta di normazione interna*

Nel confronto tra l'art. 604-bis c.p. e l'originaria disposizione extracodicistica, il secondo dato che viene in evidenza consiste nella soppressione, ad opera del d. lgs. 21/2018, dell'originario riferimento alla «attuazione della disposizione dell'articolo 4» ICERD. Ne parrebbe trasparire la volontà, in capo al legislatore delegato, di "nazionalizzare" la disciplina in discorso, rendendola, cioè, prodotto di una scelta politico-criminale propria ed autonoma rispetto agli obblighi internazionali ed europei. Invero, durante l'esame parlamentare della legge delega questo profilo non è emerso, né, del resto, possono escludersi mere esigenze di sintesi. Detta lettura potrebbe trovare conforto nella contestuale caducazione del rinvio alla legge di ratifica dello Statuto di Roma, con cui si concludeva la formula del "vecchio" comma 3-bis e che deve considerarsi, essa certamente, un semplice snellimento sintattico. In senso opposto milita, però, il perdurante inserimento di richiami al diritto internazionale ed europeo, a cominciare già dal III comma dello stesso art.

604-bis c.p.[61]: tale dato, infatti, impedisce di configurare un vero e proprio "canone" redazionale, contrario ai rinvii, rispetto al quale l'elisione dell'art. 4 ICERD sarebbe – in ipotesi – soltanto un meccanico adeguamento. Il profilo pare quindi meritevole di approfondimento, sulla base dei criteri ermeneutici addotti dallo stesso legislatore all'art. 12 disp. prel. cod. civ.

Già sul piano intenzionalistico, sembra indice di attenta ponderazione e, quindi, di una certa autonomia di apprezzamento l'estrema cautela con la quale il Parlamento italiano, malgrado i richiami della Commissione europea, ha attuato la decisione quadro del 2008; decisione dalla quale la formula dell'art. 604-bis c.p. (come già, del resto, quella dell'art. 3 l. 654/1975) si discosta in più punti: basti pensare che la legge n. 115/2016 ha omesso di sanzionare «l'apologia, la negazione» e «la minimizzazione grossolana» dei crimini di cui all'art. 6 St. IMT; essa, inoltre, non ha esteso l'area del penalmente rilevante alla mera «istigazione» all'odio, come invece prescrivevano, rispettivamente, le lettere d) ed a) dell'art. 1, § 1, dec. q. 2008/913/GAI.

A ciò si aggiunga che, durante i lavori che hanno preceduto la novella del 2016, l'assolvimento degli obblighi europei non è emerso come motivazione unica, e neppure prevalente, del relativo disegno legislativo. Al riguardo, pare emblematico che lo stesso primo firmatario, nell'illustrare il testo all'Assemblea, abbia invocato l'«adeguamento […] alla decisione quadro dell'Unione europea» soltanto, per così dire, in terza battuta, dopo aver addotto, cioè, esigenze regolatorie affatto interne (nell'ordine: la «riparazione» morale alle leggi razziali del 1938 e il «contrasto […] ai fenomeni di razzismo, xenofobia e antisemitismo che provano a riaffacciarsi in Italia»[62]).

Sotto il profilo esegetico, poi, deve richiamarsi la circostanza che sull'allora art. 3 l. 654/1975, nel corso degli anni, il legislatore è tornato più volte, ora per emendarne

[61] Cfr. gli artt. 322-bis, 343-bis e 375 c.p., che menzionano il Trattato istitutivo o lo Statuto della Corte penale internazionale, nonché l'art. 2783-bis c.c., che cita invece il Trattato istitutivo della CECA.

[62] V. già gli interventi già richiamati *supra*, nt. 15.

dirittifondamentali.it

il testo[63], ora, e più spesso, per ampliarne la portata applicativa oltre i limiti del modello pattizio, come ben testimonia l'inserimento, ad opera della legge n. 205/1993, dell'avverbio «anche» subito prima del richiamo alla Convenzione[64]: ad esempio, il decreto legge n. 122/1993 ha aggiunto l'etnia e l'odio quali, rispettivamente, motivo della propaganda e scopo dell'incitamento penalmente tipici ed ha inserito tra i modelli aggregativi vietati i semplici "movimenti" e "gruppi"[65]. Analogamente, la legge n. 38/2001 ha reso applicabile la disposizione anche ai «fenomeni di intolleranza […] nei confronti degli appartenenti alle minoranze linguistiche»[66], alla stregua di quanto aveva già fatto, in tema di discriminazioni a sfondo religioso, la legge n. 101/1989[67].

In un'ottica intermedia tra volontà del legislatore e criterio letterale, poi, la stessa scelta di rimuovere la disciplina in esame dal testo di una legge speciale, di ratifica ed attuazione di uno specifico trattato, per inserirla invece nel Codice, quale canone normativo per eccellenza, potrebbe leggersi alla stregua di una sua più sentita rilevanza sul piano politico[68].

Da un punto di vista strettamente giuridico, si segnala l'ultrattività dell'art. 604-bis c.p. rispetto alla Convenzione ICERD ed alla decisione quadro, nelle ipotesi, seppur remote, che esse venissero meno nei rispettivi ordinamenti o che lo stesso Parlamento italiano decidesse di abrogarne unilateralmente le norme attuative.

---

[63] Così l'art. 13 l. 85/2006, cui si è già accennato *supra*, § 3.

[64] Legge 25 giugno 1993, n. 205, la quale pertanto, nel convertire il d. l. 122/1993 (su cui v. subito nel testo), ha così riscritto l'*incipit* della disposizione: «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, *anche* ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della Convenzione […]».

[65] Il riferimento è all'art. 1 decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, che la relativa legge di conversione ha mantenuto in vita pressoché integralmente, eccetto, cioè, che per le aggravanti del mezzo stampa e della commissione del fatto «in pubbliche riunioni», in un primo momento affidate ad un nuovo II comma: divergenza che, a ben vedere, può considerarsi a sua volta indicativa di un'attenta ponderazione da parte del Parlamento.

[66] Per l'esattezza, l'art. 23 co. 1 legge 23 febbraio 2001, n. 38, che ha introdotto un art. 18-bis nella legge 15 dicembre 1999, n. 482, vertente, per l'appunto, sulla «tutela delle minoranze linguistiche storiche».

[67] Così, mediante la tecnica del rinvio, l'art. 2 co. 5 legge 8 marzo 1989, n. 101, approvata, *ex* art. 8 Cost., previa intesa con l'Unione delle comunità ebraiche italiane. Ad intervenire sul testo dell'art. 3 l. 654/1975 è stato poi (non senza qualche problema di coordinamento: cfr. A. GIANFREDA, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 230-231) il d. l. 122/1993, cit.

[68] Sul processo di codificazione come affermazione di identità nazionale v. per tutti P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009[5], p. 135 ss.

dirittifondamentali.it

Restano, per contro, i su prospettati problemi di costituzionalità: il mero fatto che una scelta regolatoria scaturisca dalla volontà del legislatore interno, anziché dall'adempimento ad obblighi internazionali o sovranazionali, non vale infatti ad accrescerne la "forza" sul piano dei rapporti tra fonti; tanto più che, è appena il caso di ripetere, nel caso in esame ad essere chiamati in gioco come parametri di legittimità sono principi e diritti fondamentali (art. 3 Cost.; artt. 13, 21, 24 Cost.).

7. Considerazioni conclusive

Tirando le fila delle considerazioni sin qui svolte, alla domanda se il d. lgs. 21/2018 abbia fornito elementi utili a dissipare i dubbi di costituzionalità che gravavano già sull'art. 3 l. 654/1975 si è indotti a rispondere negativamente. Da una parte, infatti, il tentativo di giustificare eventuali condanne con la difesa di un bene giuridico tanto dogmaticamente quanto fenomenicamente incerto come l'eguaglianza sembra inopportuno e, nella migliore delle ipotesi, inutile; dall'altra, la scelta di "appropriarsi" della disciplina *de qua*, ricavandole uno spazio nel cuore dell'ordinamento penale, resta pressoché ininfluente sul piano pratico.

Ma c'è di più: lungi dal risolvere i problemi preesistenti, il decreto del 2018 rischia, anzi, di produrne di nuovi. Anche a voler sorvolare, in questa sede, su alcune forzature in cui l'estensore sembra incorso sul versante logico e lessicale[69], non può sottacersi come la delega conferita al Governo in seno alla l. 103/2017 appaia generica. Essa, infatti, anziché elencare compiutamente le fattispecie da trasferire nel Codice, si limita ad indicarne i corrispondenti beni giuridici, col risultato di rimetterne la concreta individuazione alla discrezionalità dell'Esecutivo[70]; discrezionalità che si rivela tanto più ampia se si considera che le

[69] L'art. 1 co. 85 l. 103/2017, cit., testualmente qualifica quella al Codice di diritto sostanziale come una modifica dell'«ordinamento penitenziario»; più cauta, ma pur sempre infelice, la formula del comma 82, che invece ricomprende il suddetto intervento all'interno di una più ampia «riforma dell'ordinamento penitenziario». A ciò si aggiunga la tendenziale difficoltà di comprendere in che senso la «migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni» si traduce nella «effettività della funzione rieducativa della pena» (comma 85, lett. q).

[70] Una chiara affermazione della illegittimità di tale scelta legislativa si ritrova, da ultimo, nella sent. Cost. 8 ottobre 2007, n. 340, § 2, annotata, *ex aliis*, da E. FRONTONI, *Considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 340 del 2007: verso un maggior rigore nel sindacato sull'eccesso di delega*, in *Giur. it.*, n. 5/2008, p. 1105 ss.

formule utilizzate rinviano a concetti quasi sempre poco definiti[71] e, per giunta, espressamente sottratti al vincolo della tassatività[72]. Ne consegue che, accanto ai vizi sostanziali ereditati dal modello originario, l'art. 604-bis c.p. pare presentarne uno in più, stavolta di carattere formale. Tanto la dottrina[73] quanto, sembra, la stessa Corte costituzionale[74] sono, infatti, concordi che la validità dei decreti delegati dipende da quella delle rispettive leggi di delegazione, di tal che la sentenza che dovesse dichiarare l'incostituzionalità di queste estenderà i propri effetti ai primi.

Sul tema non è qui dato soffermarsi col debito approfondimento, salvo, però, segnalare che nel caso di specie un'evenienza come quella testé prospettata sarebbe vieppiù problematica perché costringerebbe gli interpreti a confrontarsi con la questione, ancora piuttosto controversa, della reviviscenza delle norme abrogate da atti normativi illegittimi[75]; con un ulteriore elemento dato dal fatto che l'eventuale

---

[71] Tra i «beni di rilevanza costituzionale» in discorso figurano, oltre, come si è già visto, all'«eguaglianza», la «sicurezza pubblica», l'«ordine pubblico», la «salubrità» e l'«integrità» ambientali (distinte tra loro), la «correttezza» e la «trasparenza» del sistema economico.

[72] La disposizione si riferisce infatti, quali «beni» di rilevanza costituzionale, a tutti i «valori della persona umana», ma «tra» questi ne nomina, subito dopo, soltanto alcuni, a titolo, dunque, meramente esemplificativo.

[73] V., tra gli altri, F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 46; A. CIANCIO, *La Corte costituzionale*, in L. ARCIDIACONO - A. CARULLO, *Diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 2011, pp. 429-430; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014[5], p. 248; J. MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2016, p. 707; G. CRISAFI, *Illegittimità conseguenziale delle leggi e discrezionalità*, in *Oss. cost.*, n. 3/2017, p. 20 ss.

[74] L'orientamento richiamato nel testo, pur essendo stato affermato dalla sent. Cost. 15 luglio 2003, n. 241, § 4, in un'ipotesi in cui la legge delega era venuta meno (*in parte qua*) per effetto di abrogazione, può senz'altro ritenersi espressivo di un principio generale. Vero è, infatti, che in un'altra circostanza, in cui l'ablazione della delega era invece ascrivibile ad un dispositivo di accoglimento, la sent. Cost. 19 ottobre 2016, n. 251, § 9, ha lasciato formalmente impregiudicata la validità dei decreti già emanati, ma, come ha osservato P. MILAZZO, *Illegittimità della legge delega (per mancata previsione del corretto modulo di leale collaborazione) e destino dei decreti delegati già approvati. Appunti sulla sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Oss. fonti*, n. 1/2017, pp. 12-13, sembra legittimo ritenere che tale decisione, lungi dal veicolare un *revirement* della giurisprudenza pregressa (*revirement* che sarebbe, del resto, inargomentato), si spieghi piuttosto con la modesta incidenza pratica, nel caso di specie, dei vizi ivi rilevati.

[75] Per un quadro d'insieme sul tema si rinvia, all'interno della più recente letteratura monografica, a P. VIPIANA, *La "legislazione negativa". Saggio su un'insolita e controversa nozione del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 70 ss., e N. CANZIAN, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 153 ss. In questa sede, merita di essere comunque segnalato che la tesi favorevole alla reviviscenza (autorevolmente condivisa, tra gli altri, da F. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv.*

ripristino dell'art. 3 l. 654/1975, seppur coerente, da un lato, con l'assenza di una *abolitio criminis* da parte del legislatore, dall'altro rischierebbe di produrre effetti *in malam partem* all'interno di un ambito, quello penale, costituzionalmente assai sensibile[76].

dirittifondamentali.it

trim. dir. pubbl., 1972, p. 13 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, CEDAM, 1976, p. 1429; M. MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, in *Rass. parl.*, n. 3/2006, p. 698 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 496) è, allo stato, maggioritaria; fermo restando che la Corte costituzionale, malgrado qualche timida apertura (cfr. già le sentt. Cost. 23 aprile 1974, n. 107, § 8, e 23 aprile 1986, n. 108, § 11, cui *adde* la sent. Cost. 24 gennaio 2012, n. 13, § 5.3), nella sentenza 12 febbraio 2014, n. 32, § 6, ha escluso che ciò possa sfociare in "nuove" incriminazioni (ma non sarebbe questo il caso, stante la sostanziale identità di contenuto tra il "vecchio" art. 3 l. 654/1975 e l'attuale art. 604-bis c.p.).

[76] Cfr. C. CUPELLI, *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in *Giur. cost.*, n. 4/2017, p. 1720 ss., secondo il quale l'ord. Cost. 13 luglio 2017, n. 184, che ha dichiarato inammissibile una questione di costituzionalità incentrata sulla reviviscenza di norme penali abrogate da disposizioni normative poi dichiarate illegittime, non avrebbe tenuto nel debito conto la *ratio* dell'art. 25 Cost., la cui riserva, nel caso di specie, sarebbe stata solo apparentemente soddisfatta dalla presenza di una disciplina non corrispondente «all'attuale volontà politica del legislatore» primario.