

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E REATI DI OPINIONE (*)

“È vero che non condanniamo più a morte gli eretici, e che l’insieme delle sanzioni penali, che la sensibilità moderna probabilmente sarebbe in grado di tollerare anche contro le opinioni più pericolose, non è sufficiente a estirpare queste ultime. Ma non rallegriamoci di essere ormai liberi anche dalla macchia della persecuzione legale. Esistono ancora sanzioni legali contro le opinioni, o perlomeno contro la espressione di opinioni, e la loro applicazione, anche nel nostro tempo, non è così priva di esempi da rendere del tutto impensabile che un giorno tali sanzioni potranno essere ripristinate in tutta la loro forza”.

John Stuart Mill (1)

La persistenza, nel nostro diritto penale, di norme incriminatrici di reati cosiddetti di opinione rappresenta un’aporia della quale, evidentemente, non riusciamo a liberarci. John Stuart Mill con tutta probabilità rimarrebbe sorpreso dal fatto che oggi in Italia le cose non stiano granché diversamente da come lui, riferendosi al sistema britannico, le descriveva quasi centocinquanta anni fa. Non bruciamo più gli eretici sul rogo, è vero; ma il nostro diritto dispone ancora che si sia puniti per il fatto di avere, o per lo meno di esprimere, certe opinioni. Eppure — in un qualche senso che non c’è bisogno di precisare in questa sede — oggi non possiamo non dirci liberali, e infatti diciamo di stimare le libertà degli individui quali capisaldi del nostro sistema di valori, incarnato nella Carta costituzionale ed in numerose Carte internazionali dei diritti.

La novella penalistica introdotta con la legge n. 85 del 24 febbraio 2006, nella parte in cui ha ad oggetto (quello che potremmo chiamare) il sistema dei reati d’opinione, costituisce — quali che fossero le sue motivazioni politiche contingenti — un tentativo di superare finalmente quell’aporia. Se si tratti di un tentativo riuscito, lo potremo dire solo tra qualche pagina (par. 7): non prima, cioè, di aver stabilito cosa sia, propriamente,

(*) Testo rivisto dell’intervento presentato all’incontro di studio “*Le novelle penali del 2006 — Legittima difesa, reati associativi politici e reati d’opinione*”, tenutosi a Palermo il 9 maggio 2006, e organizzato da: Centro Studi Giuridici e Sociali “Cesare Terranova”, Palermo; Dipartimento di Scienze penalistiche e criminologiche e Dipartimento di Discipline processualpenalistiche, dell’Università di Palermo; Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Siracusa. Ringrazio, per le osservazioni fatte ad una versione precedente di questo lavoro, il Prof. Antonio Pagliaro e il Prof. Vincenzo Militello.

(1) *Sulla libertà* (1869), trad. it. della 4ª ed. a cura di G. Mollica, Milano, 2000, 105-6.

un reato di opinione (par. 1), e quali tipi di problemi ponga la categoria dei reati di opinione (par. 2). Come noto, ciò che è più controverso nel caso dei reati di opinione è il rapporto di questi con il diritto, costituzionalmente sancito, di liberamente manifestare il proprio pensiero: in proposito, è interessante cercare di capire in che termini si ponga questo rapporto (par. 5); il che presuppone un'analisi sufficientemente accurata del significato, dell'importanza, dei fondamenti del diritto in questione (parr. 3, 4 e 5). Occorrerà, inoltre, capire se la categoria dei reati di opinione non possa essere impostata, in modo tale da evitare il conflitto con la libertà di espressione, e che prospettiva abbia una tale (eventuale) costruzione alternativa dell'offensività delle fattispecie in questione (par. 6).

1. *Cosa (e quali) sono i reati di opinione?* — Cerchiamo, per prima cosa, di capire cos'è un "reato d'opinione".

La locuzione, in effetti, non è delle più chiare. Presa alla lettera, essa sembrerebbe riferirsi a reati che consistano in atti di pensiero, nell'avere, cioè, una certa opinione, nel pensarla in un certo modo a proposito di qualcosa: questa definizione del concetto sarebbe tuttavia del tutto priva di rilievo, posto che — ammesso che possano costituire possibile oggetto di incriminazione (2) — il nostro sistema penale, essendo informato al principio di materialità del reato, non vieta puri atti di pensiero.

Parlando di "reati di opinione" ci si riferisce piuttosto a fattispecie che incriminano la manifestazione, l'espressione, di un certo contenuto di pensiero. Non, però, a tutte le fattispecie che incriminano la manifestazione di un atto di pensiero. Se imperniata su questo esclusivo elemento, la categoria dei reati d'opinione risulterebbe infatti troppo ampia ed indefinita, finendo per ricomprendere, al proprio interno, anche figure delittuose che pacificamente non hanno niente a che fare con essa, e che non pongono (quelli che vedremo essere) i problemi tipicamente evocati nella critica dei reati d'opinione. Tali finirebbero ad es. per doversi considerare, non solo l'ingiuria e la diffamazione (della cui riconducibilità alla categoria si può già dubitare, nonostante presentino problematiche in parte analoghe a quelle presentate dai reati d'opinione), ma anche una varietà assai disparata di fattispecie, quali — per non fare che pochi esempi — il disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone (art. 659 c.p.) o la molestia o disturbo alle persone (660 c.p.), od ancora la corruzione (318-322 c.p.), la concussione (317 c.p.), l'estorsione (629 c.p.), le minacce (612 c.p.), la falsa testimonianza (372 c.p.), e così via: tutte fattispecie che pa-

(2) Non è chiaro, in effetti, come sia possibile punire qualcuno solo per aver pensato qualcosa, se questo pensiero non si è in qualche modo esplicitato, e non ha quindi trovato una qualche forma di espressione. Sul punto, v. comunque le stimolanti e non banali osservazioni di Meir DAN-COHEN, *Harmful Thoughts*, in *Boalt Working Papers in Public Law*, 1999, consultato in <http://repositories.cdlib.org/boaltwp/100>.

cificamente non hanno niente a che vedere con la categoria qui presa in considerazione (e che soprattutto — come ancora cercherò di mostrare — non ne presentano la cifra problematica peculiare, ossia il conflitto con il principio della libertà di espressione).

1.1. Per capire quali siano i tratti concettuali caratteristici della categoria dei reati di opinione, è forse più utile cominciare ad individuare quelle che possono indicarsi come le istanze paradigmatiche di essa; per poi cercare di stabilire cos'è che le accomuna, cos'è che fa di ciascuna di esse quello che è, ossia — appunto — un'istanza paradigmatica del concetto di reato di opinione.

Limitando per adesso l'attenzione al quadro normativo ancora vigente prima della legge 85/06, la nozione di "reato di opinione" può impiegarsi (ed in effetti è comunemente impiegata) in riferimento a (almeno) quattro classi di ipotesi criminose: 1) le varie forme di vilipendio, propaganda, e apologia, incriminate tra i delitti contro lo Stato (3); 2) l'apologia di delitto, incriminata tra i delitti contro l'ordine pubblico (414, terzo comma, c.p.); 3) i diversi casi di vilipendio contro la religione di Stato o i culti ammessi (4); 4) la propaganda razzista, di cui alla prima parte della lett. a, del primo comma dell'art. 3 della Legge 654/1975 (5).

(3) Artt. 272 c.p.: propaganda e apologia sovversiva o antinazionale; 278 c.p.: offese all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica; 279 c.p.: lesa prerogativa dell'irresponsabilità del Presidente della Repubblica; 290 c.p.: vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate; 291 c.p.: vilipendio alla nazione italiana; 292 c.p.: vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato; 299 c.p.: offesa alla bandiera o ad altro emblema di uno Stato estero. Fattispecie analoghe sono contenute anche nel codice penale militare di pace: penso, in particolare, agli artt. 81 (vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate dello Stato), 82 (vilipendio alla nazione italiana) e 83 (vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato) c.p.m.p.

(4) Art. 403 c.p.: offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di persone; 404 c.p.: offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose; 406 c.p.: delitti contro i culti ammessi nello Stato.

(5) Parzialmente diversa la classificazione proposta da PADOVANI (*Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla riforma del titolo I libro II c.p.*, in questa *Rivista*, 1982, 39), la quale non include la propaganda razzista (ma ciò è forse dovuto al fatto che nel contributo in questione l'Autore si riferisce ai reati d'opinione *politici*), mentre include le condotte di istigazione, nonché « i reati di offesa a » (ossia i vari oltraggi od offese all'onore di) « persone rivestite di funzioni costituzionali o comunque politiche ». Il fatto è, però, che queste due categorie delittuose non presentano qualcuno di quelli che vedremo essere i tratti che più caratteristicamente accomunano le fattispecie delle ipotesi delittuose ricordate nel testo: e questo fa dubitare della loro perfetta riconducibilità entro una medesima categoria di "reati di opinione". Nei reati di istigazione, ad es., non è propriamente incriminata la semplice espressione di un'opinione (v. meglio *infra*, 3.1.1.); i reati di offesa, invece, — se è pur vero che in essi la considerazione della *qualità* del soggetto passivo contribuisce ad appesantire la risposta sanzionatoria — puniscono pur sempre l'offesa alla dignità di una persona determinata: ciò li rende delle ingiurie particolarmente qualificate (e l'ingiuria, come vedremo, non è un reato d'opinione). Entrambe queste categorie delittuose, insomma, costituiscono

Ebbene, al di là delle specificità delle singole figure di reato rientranti in queste quattro classi di fattispecie, quali sono le “somiglianze di famiglia” che intercorrono tra di esse, o meglio le caratteristiche di genere che ne fanno altrettante istanze paradigmatiche del concetto di reato d’opinione?

a) Tanto per cominciare, lo si è già detto, sono tutti reati che consistono nella espressione, nella manifestazione, di un certo pensiero (vilipendio, propaganda, apologia): e in particolare, in una manifestazione recettiva di un pensiero (6).

b) Si tratta però dell’espressione, non di un qualsiasi pensiero, bensì di un pensiero avente un contenuto particolare: avente cioè un contenuto non meramente narrativo o informativo, ma (anche o esclusivamente) critico; si tratta, cioè, di reati la cui condotta illecita consiste, non tanto nella narrazione di fatti, quanto nell’espressione di una certa opinione, di un punto di vista, di un certo modo di pensarla rispetto ad un certo oggetto di pensiero.

c) Un altro elemento comune alle diverse ipotesi delittuose ricordate (che in qualche modo implica anche quelli già indicati alle lett. a e b) consiste in ciò, che ad essere incriminata in ciascuna di esse è una condotta meramente comunicativa: nel senso che oggetto dell’incriminazione è il fatto in sé della comunicazione di un’opinione, dell’espressione di un’idea o di un giudizio di valore; il punto di vista dal quale la condotta è presa in considerazione è quello della espressione di un valore, della comunicazione di un punto di vista critico, valutativo, rispetto ad un certo oggetto.

Il che porta a tre precisazioni ulteriori:

c₁) Poco importa, in primo luogo, quale sia il canale concretamente prescelto, il tipo di condotta, attraverso il quale è fatto passare il messaggio comunicato: le norme incriminatrici di reati d’opinione incentrano innanzitutto il proprio giudizio di disvalore, non tanto sull’utilizzo di questo o quel mezzo espressivo, ma sul fatto stesso dell’espressione di un certo contenuto valutativo (7). Non sempre è richiesto che la comunicazione

reati d’opinione solo in senso improprio, e comunque in un senso significativamente diverso da quello che vedremo essere il senso in cui lo sono le altre categorie di reato ricordate nel testo.

(6) Nel senso che « [p]er la loro sussistenza sono necessarie non solo l’esternazione, in tutti i modi possibili, ma anche l’altrui percezione, l’altrui presa di conoscenza del pensiero offensivo » (così MANTOVANI, *Diritto penale*, PS, I: *Delitti contro la persona*, 6ª ed., Padova, 2005, 201, in relazione ai delitti di ingiuria e diffamazione, cui, sotto questo aspetto, i reati di opinione possono essere assimilati).

(7) Il che non significa che non possano darsi casi, nei quali la norma incriminatrice di un reato d’opinione tipizza la condotta illecita con riferimento a certe “modalità espressive” soltanto. Dico solo che, affinché si possa parlare di un reato d’opinione, non occorre che la norma incriminatrice richieda, per la tipicità della condotta, l’uso di una qualche specifica modalità espressiva.

del messaggio avvenga, ad es., mediante l'enunciazione di certe parole: esistono reati d'opinione che possono essere commessi anche mediante condotte non linguisticamente articolate, purché espressive di un giudizio di valore (ad es. uno sputo; o la distruzione di una bandiera), o comunque assunte come tali dal legislatore.

c₂) In ciascuna delle ipotesi di reato d'opinione dinanzi esemplificate, inoltre, la condotta illecita è fatta consistere proprio nell'espressione di una certa opinione, a prescindere da ogni ulteriore proiezione esterna della condotta espressiva: le incriminazioni hanno ad oggetto il mero fatto dell'espressione di un contenuto valutativo, senza che sia richiesta, ai fini della punibilità, l'obiettiva capacità (della condotta) o la subiettiva intenzione (dell'agente) di provocare nel mondo esterno alcunché di diverso dalla mera ricezione del messaggio valutativo espresso. La condotta, da parte del legislatore, è assunta dal punto di vista del contenuto valutativo del messaggio espresso, e non degli eventuali ulteriori effetti che l'espressione del messaggio ha, o può avere, nel mondo esterno.

Detto incidentalmente, questa è una caratteristica che non si rinviene, ad es., in tutta una serie di altri reati, già in precedenza ricordate, che, pur consistendo in condotte espressive di un pensiero (ed eventualmente di opinioni), sono dal legislatore presi in considerazione solo in forza degli effetti che producono, o sono capaci di produrre, nel mondo esterno: penso, ad es., ai delitti di istigazione (ad es. 414, primo e secondo comma, c.p.); od anche al reato di concussione (317 c.p.), alle diversi ipotesi di corruzione (318-322 c.p.), al reato di minaccia (612 c.p.), all'estorsione (629 c.p.); o ancora al disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone (659 c.p.), o alla molestia o disturbo alle persone (660 c.p.); alla falsa testimonianza (372 c.p.); e via dicendo.

c₃) In ciò è implicita un'ulteriore caratteristica comune alla categoria dei reati di opinione: le incriminazioni di reati d'opinione sono *restrizioni "content-based"*, e non *"content-neutral"*, della comunicazione del pensiero (8): esse vietano una certa manifestazione del pensiero proprio in considerazione del messaggio espresso; il divieto di porre in essere, in certe circostanze, un certo atto linguistico (o, comunque, comunicativo),

(8) « Governmental restrictions of expression may be divided into two categories — content-neutral restrictions and content-based restrictions. Content-neutral restrictions restrict communication without regard to the message conveyed. Laws prohibiting noisy speech near a hospital, banning the erection of any billboards in residential communities, or requiring disclosure of the names of leafleteers are examples [...]. Content-based restrictions, on the other hand, restrict communications because of the message conveyed. Laws prohibiting the publication of specific types of "confidential" information, forbidding the hiring of teachers who advocate the violent overthrow of the government, or banning the display of the swastika in certain neighborhoods illustrate this type of restrictions »: STONE, *Restrictions of Speech Because of its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, in *The University of Chicago Law Review*, 1978, 81.

non è affatto indipendente, nel caso dei reati di opinione, dal tipo di messaggio comunicato, dal contenuto della comunicazione: anzi, scopo dell'incriminazione è proprio quello di evitare che un certo contenuto di pensiero, e in particolare una certa opinione, siano espressi, veicolati, comunicati.

d) Da tutto ciò deriva un'ultima, fondamentale, caratteristica condivisa dalle diverse ipotesi paradigmatiche di reati d'opinione: la condotta espressiva è presa in considerazione dal legislatore in quanto condotta turbativa di *valori morali* (9), spirituali, ideali, o di sentimenti o sensibilità: le norme sui reati d'opinione sono, cioè, tipicamente poste a tutela di valori morali o di sentimenti. Il che è ovvio, se si considera quanto più sopra detto circa la condotta illecita di un reato d'opinione: l'espressione di un giudizio di valore, di per sé considerata, può solo turbare (l'intangibilità, l'integrità morale dei) valori oggetto critico del giudizio od anche i sentimenti, l'atteggiamento emotivo, di qualcuno rispetto ad essi.

Non si tratta, però, di valori morali, o di sentimenti, qualsiasi: bensì di valori morali sovra-individuali (nel senso di: collettivi o diffusi), riconducibili, cioè, alla titolarità, non di questo o di quel soggetto determinato, ma di un insieme tendenzialmente indeterminato di soggetti, od anche dell'intera collettività dei consociati considerata come entità astratta distinta dai singoli individui che storicamente la compongono (10); e, corrispondentemente, di sensibilità sovra-individuali (nel senso di: collettive o diffuse) di alto livello (11).

Oggetto di tutela delle norme incriminatrici di reati d'opinione, insomma, sono direttamente valori morali *sovra-individuali*, od anche la (o una) sensibilità *collettiva* o *diffusa* rispetto a certi valori morali.

Questa caratteristica non si riscontra, invece, in quei reati che aggrediscono (in quelle condotte che sono prese in considerazione dal legislatore per il fatto di turbare) direttamente valori morali, o sensibilità, *individuali*, quale ad es. la dignità di una persona: reati che cioè hanno ad og-

(9) Con la locuzione "valori morali" intendo riferirmi, sinteticamente, ai valori morali propriamente detti (l'eguaglianza, il dovere di obbedire le leggi, ecc.), ai valori religiosi, ai valori patriottici, ai valori politico-culturali, e simili.

(10) La giurisprudenza, costituzionale e ordinaria, fa variamente riferimento, ad es., a: "rispetto", "prestigio" delle, e "fiducia" nelle, istituzioni (Cost. 20/1974, in *Giur. cost.*, 1974, 73); "il rispetto delle leggi e la lealtà nei confronti delle istituzioni democratiche" (Cost. 142/1973); "il principio costituzionale di uguaglianza" (Cass. pen., I, 28 febbraio 2001, Aliprandi e altri, in *Foro it.*, 2001, II, 457); "la stima e il rispetto della istituzione giudiziaria" (App., Perugia, 2 giugno 1981, Sofia, in *Foro it.*, 1982, II, 525).

(11) Per "sensibilità di alto livello" intendo l'inclinazione verso valori morali, o spirituali (quindi: morali *stricto sensu*, politico-culturali, religiosi, patriottici, ecc.): e quindi la sensibilità morale (ossia: morale *stricto sensu*, politico-culturale, religiosa, patriottica, ecc.) delle persone. Cfr. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 2: *Offence to Others*, New York-Oxford, 1985, 16.

getto turbative di valori individuali, come l'ingiuria o la diffamazione, nei quali è bensì aggredito il valore morale dell'altrui dignità, preso però in considerazione nella sua dimensione individuale. Né essa si riscontra in quegli altri reati, che aggrediscono bensì sensibilità collettive o diffuse, ma non di alto livello: come ad es. i reati contro il comune senso del pudore (si pensi per es. all'art. 528 c.p.: pubblicazioni e spettacoli osceni) (12).

Occorre, peraltro, che la turbativa di un valore morale sovra-individuale, o di una sensibilità collettiva rispetto ad esso, costituisca essa stessa la ragione per cui la norma vieta una certa condotta. Potenzialmente, infatti, ogni condotta criminosa è capace di ledere valori morali sovra-individuali (il valore del rispetto della legge, ad es.), o sensibilità collettive rispetto ad essi (la fiducia dei cittadini nella effettiva vigenza delle norme penali, ad es. (13)). Non per questo si può dire che ogni norma penale sia posta a tutela di valori morali sovra-individuali, o di sensibilità collettive che li abbiano ad oggetto.

In ciascuna delle fattispecie qui considerate, una condotta è vietata proprio in quanto essa, mediante l'espressione di un'opinione, valga a turbare un valore morale sovra-individuale o una sensibilità collettiva rispetto a un valore morale: questo è il punto di vista dal quale ciascuna delle norme in questione considera rilevante la condotta che incrimina.

1.2. Se assumiamo adesso che ognuna di quelle sin qui indicate costituisca una caratteristica rilevante ai fini della costruzione del concetto di "reato d'opinione", possiamo ricavarne una definizione di sintesi della categoria in questione. Partendo infatti da una considerazione dello scopo di una certa norma incriminatrice, del perché il legislatore ha incriminato una certa condotta, di cos'è che il legislatore ha voluto evitare che si verificasse, e quindi del modo in cui la condotta è tipizzata nella norma incriminatrice, potremo dire di trovarci di fronte ad un reato di opinione, tutte le volte che si possa dire che una norma incrimina un certo fatto in quanto espressivo di un contro-valore rispetto ad un valore morale sovra-individuale, od anche in quanto turbativo di una sensibilità sovra-individuale rispetto ad un valore morale.

(12) La differenza tra sensibilità di alto livello — come ad es. il sentimento religioso, o il patriottismo — e sensibilità, o emozioni, di basso livello — come il disgusto — si può tracciare in questo modo: essa dipende dalla considerazione, alta o bassa, che il soggetto della sensibilità — il soggetto emotivo, per così dire — ha del relativo oggetto. Una sensibilità di alto livello costituisce una reazione emotiva (o l'attitudine ad una reazione emotiva) determinata dall'alta considerazione di un certo oggetto, o entità (la patria, la religione). Di converso, una sensibilità di basso livello costituisce una reazione emotiva (o l'attitudine ad una reazione emotiva) determinata dalla bassa considerazione di un certo oggetto, o entità (il disgusto come reazione alla visione di certe cose o di certi comportamenti "disgustosi").

(13) Ma si pensi anche al caso in cui una grave ingiuria pubblicamente pronunciata offende la sensibilità di una collettività di soggetti che si immedesimi col soggetto ingiuriato.

In questo senso, sono reati di opinione quelli in cui una condotta è presa in considerazione dal legislatore solo in quanto espressione, verbale o comportamentale, di un'opinione turbativa della sacralità concettuale di certi valori morali sovra-individuali (14) o di una sensibilità collettiva rispetto a valori morali.

2. *La problematica dei reati di opinione* — Senza entrare nel merito di un'analisi delle singole fattispecie incriminatrici di reati d'opinione, che non costituisce l'obiettivo di questo scritto, possiamo dire che la categoria in questione, considerata nel suo complesso e come qui la si è definita, presenta essenzialmente tre tipi di problemi: problemi di determinatezza delle fattispecie, problemi di sproporzione tra reato e sanzione, problemi di offensività delle condotte incriminate (15).

Prima di passare all'analisi di ciascuno di questi tre tipi di problemi, una rapida notazione generale. Quelli del primo e del secondo tipo, sono problemi del tutto contingenti, che cioè caratterizzano la normativa penale italiana in materia di reati d'opinione, costituendo frutto di precise scelte di tecnica incriminatrice e/o di politica criminale, ma che non sono necessariamente presenti nella formulazione di una norma incriminatrice di reati di opinione. Invece, il terzo tipo di problemi — per adesso, genericamente definiti come problemi di “offensività” — è, in un certo senso, strutturale: è cioè connaturato al concetto stesso dei reati d'opinione, per come lo si è ricostruito (e più avanti vedremo perché: 2.3.). Ciò ha importanti ripercussioni, ad es. in prospettiva di riforma. Mentre infatti ai primi due si può porre rimedio mediante una più accurata tecnica di redazione delle fattispecie e una maggiore ragionevolezza nella dosimetria sanziona-

(14) Per FIORE (*I reati di opinione*, Padova, 1972, 73), ad es., l'essenza del vilipendio « si esaurisce nell'astratta contrapposizione tra i valori, di cui è portatore il discorso incriminato, e quelli, che si assumono cristallizzati nell'ordinamento delle norme penali » (v. anche 116). Analogamente BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966, 14 (per il quale i delitti di vilipendio sono (giustamente) puniti in quanto « diretti verso determinati beni o interessi ideali che la costituzione particolarmente tutela », cosicché le norme che li incriminano stanno a protezione di « un determinato complesso di valori storici, politici e culturali che essa riconosce e tutela come determinanti dell'orientamento generale dell'ordine giuridico »); e ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, ivi, 87. Allo stesso modo, anche « la ratio dell'incriminazione dell'apologia — più che nella prevenzione dell'eventualità, del tutto remota, che ne scaturiscano ulteriori reati — sta nella tutela del complesso di valori spirituali e morali che la “glorificazione” del delitto, in quanto tale, può talora offendere come il delitto stesso » (FIORE, *op. cit.*, 108). Più in generale, cfr. anche PALOMBARINI, sub *artt. 290-293 c.p.*, in Crespi, Stella, Zuccalà (cur.), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003, 855 (che sul punto cita Grispiigni): i reati di opinione « sono costituiti dalla manifestazione o dalla propaganda di idealità politiche, sociali o religiose diverse da quelle del gruppo dominante in uno Stato ».

(15) V. per tutti FIORE, *op. cit.*, 16 e *passim*.

toria, non esiste rimedio per i problemi del terzo tipo: l'unico modo per superarli è di eliminare in radice l'esistenza stessa di fattispecie aventi le caratteristiche dinanzi ricostruite. Ma di ciò diremo meglio a tempo debito.

2.1. Le fattispecie dei reati d'opinione sono generalmente affette da due tipi di indeterminatezza.

Una prima ragione di indeterminatezza dipende dal fatto che la formulazione delle fattispecie in questione è, normalmente, troppo generica, venendo esse generalmente imperniate su condotte illecite descritte mediante l'impiego di locuzioni troppo laconiche (vilipendere; fare l'apologia; fare propaganda). Valga per tutti il caso emblematico del vilipendio. Il legislatore, come noto, usa definire la condotta illecita dei reati in questione, limitandosi per lo più a descriverla come il fatto di "pubblicamente vilipendere" qualcuno o qualcosa, e facendo dipendere le differenze fra le diverse fattispecie (fra le diverse ipotesi di vilipendio: vilipendio politico, vilipendio militare, vilipendio di religione, ecc.) esclusivamente dall'oggetto della condotta (determinate istituzioni, determinate entità, ecc.) o dall'identità del soggetto attivo di essa (è il caso della differenza fra vilipendio politico comune e vilipendio politico militare: artt. 81, 82 e 83 c.p.m.p.).

La nozione del "vilipendere", però, si caratterizza per una accentuata vaghezza di contenuto, che da un lato ha reso incerti o velleitari i tentativi degli studiosi di coglierne con precisione la figura; e che, dall'altro lato, si manifesta con tutta evidenza nell'ampia libertà di cui ha sinora goduto la giurisprudenza nell'identificare le condotte da punire a titolo di vilipendio (16).

Vero è che la dottrina sembra generalmente convergere verso una definizione unitaria della condotta; ma è altrettanto vero che la definizione, sulla quale si manifesta l'accordo, è poco più di una mera parafrasi del *definiendum*. Vilipendere, suol dirsi, significa "tenere a vile", "mostrare sprezzo (per)", "dileggiare", qualcuno o qualcosa. Il che, unito al requisito della "pubblicità" della condotta, solitamente richiesto nelle fattispecie incriminatrici del vilipendio, fa sì che la condotta illecita, nei reati in questione, venga definita come il fatto di manifestare pubblicamente disprezzo per un certo soggetto od oggetto, che, dal punto di vista del legislatore, è meritevole di un particolare rispetto (17).

In realtà, la manifestazione di disprezzo non denota affatto una (più o meno precisa) categoria di condotte, ma semplicemente il significato, che si può riconoscere dietro la realizzazione di una qualsiasi condotta:

(16) FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 152-3.

(17) PROSDOCIMI, voce *Vilipendio (reati di)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 739.

con la conseguenza che la capacità concretizzante della definizione proposta finisce per essere inevitabilmente compromessa. Qualsiasi contegno, commissivo od omissivo, linguisticamente articolato o meno, potrebbe costituire “vilipendio”, sol che vi si possa leggere l’esteriorizzazione di un certo significato, ossia del disprezzo per qualcuno o per qualcosa. Ciò, senza che sia in alcun modo definito (al di là delle più grossolane eruzioni di spregio) cosa significhi “mostrare disprezzo per qualcuno o per qualcosa”; e senza che siano tassativamente predeterminabili le forme espressive nelle quali la manifestazione di un disprezzo può assumere rilevanza per il diritto penale (18).

La nozione finisce per apparire ancor più indeterminata di quella, anch’essa notoriamente vaga, delle condotte di ingiuria e diffamazione: queste, almeno, si identificano attraverso la produzione di un certo risultato, di un certo evento, ossia l’offesa all’altrui onorabilità, che consente una, sia pur minima, oggettivazione del concetto, e quindi una, tutto sommato accettabile, determinazione del fatto tipico. Nel caso del vilipendio, invece, il nucleo della fattispecie si concentra nell’intenzione di esprimere un certo significato (19): il che, comporta una assoluta indeterminazione dei casi, nei quali un tale significato può dirsi esemplato, e dei canali espressivi attraverso i quali esso può venire veicolato.

Che la nozione del vilipendio finisca per avere un riferimento eccessivamente ampio, del resto, è implicitamente ammesso da quella stessa dottrina, che, in relazione alle fattispecie di vilipendio politico, tenta di arricchirne la definizione mediante elementi che, a stretto rigore, non sono in alcun modo implicati in essa: la particolare gravità dell’offesa, la forma particolarmente grossolana dell’espressione, la capacità dell’opinione espressa di incidere, non sulle sole opinioni, ma anche « sui comportamenti delle persone [...], creando con ciò situazioni di pericolo, di particolare rilievo dal punto di vista del legislatore, di turbativa del buon ordine nei comportamenti sociali » (20): sono tutti elementi con cui si cerca di arricchire, di precisare, la definizione della condotta vilipendiosa, e così di restringerne l’ambito applicativo, in favore delle manifestazioni del pensiero, per così dire, meno aggressive (21).

(18) Cfr. CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, *Indice pen.*, 1970, 547, 549; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 2^a ed., Bologna, 2002, 92; RUGA RIVA, sub *art. 290 c.p.*, in Dolcini, Marinucci (cur.), *Codice penale commentato*, 2^a ed., Milano, 2006, 2022, 2029.

(19) NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971, 167.

(20) PALMIERI, voce *Vilipendio politico*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 756. Analogamente già C. cost. 30 gennaio 1974, n. 20.

(21) Un discorso ampiamente analogo a quello sin qui fatto vale anche per le fattispecie (e le condotte illecite) di apologia e di propaganda: anche qui le definizioni che vengono proposte sono generalmente incapaci di condurre ad una sufficiente determinazione delle categorie di comportamenti in grado di integrare le relative fattispecie. Sui diversi modi

Ma il problema è anche un altro. Le fattispecie incriminatrici di reati d'opinione sono affette anche da quello che potremmo chiamare un feedback di indeterminatezza: una indeterminatezza indotta, cioè, dalle incertezze circa il reale contenuto offensivo della condotta incriminata.

Mi spiego: l'individuazione della condotta illecita dei reati d'opinione, si è detto, è generalmente affidata ad espressioni di sintesi (pubblicamente vilipendere, fare l'apologia, fare propaganda). Queste espressioni, come tutte le espressioni vaghe, hanno un nucleo centrale di sicura ed incontrovertibile applicazione: esistono, cioè, una serie di cosiddetti casi facili, rispetto ai quali è indubbio che essi trovino applicazione (casi, cioè, nei quali è evidente la riconducibilità della condotta al concetto, e quindi alla fattispecie). Al di fuori di quest'area "illuminata", abitata dai casi facili, vi è però una zona grigia, quantitativamente indefinita, abitata da casi ben più difficili: casi dei quali è più complicato giudicare se siano, o meno, riconducibili al concetto (di vilipendio, di apologia, di propaganda) e quindi alla fattispecie: si pensi al caso di una condotta che, sebbene irrisguardosa, non sia brutalmente vilipendiosa; si pensi, ancora, al caso di una condotta solo implicitamente o surrettiziamente apologetica; e così via.

Ebbene, rispetto a questi casi, il giudizio di tipicità della condotta, ai sensi della norma incriminatrice, dipende in gran parte dalla ricostruzione dello scopo di tutela di questa, e quindi dalla individuazione del bene da essa tutelato.

Ma proprio questo è il punto: nel caso dei reati d'opinione, generalmente non è affatto chiaro quale sia il bene che deve ritenersi tutelato da ciascuna delle diverse norme che li prevedono (22). Il che finisce per rendere del tutto incerta la sussunzione nella fattispecie incriminatrice di una condotta concreta, tutte le volte che questa non rientri nel novero dei casi facili: ciò che produce una sorta di indeterminatezza "di ritorno" delle fattispecie incriminatrici di reati d'opinione.

Detto altrimenti: il fatto che spesso siano incerte, o controverse, le ragioni soggiacenti alle (gli scopi di tutela perseguiti dalle) incriminazioni di reati d'opinione, rende difficilmente praticabile anche quell'interpretazione teleologica, che normalmente consente di sopperire alle deficienze di determinatezza nella descrizione delle fattispecie delle norme giuridiche.

in cui, nel corso del tempo, la giurisprudenza ha impostato i concetti di "apologia" e "propaganda", v. ad es. FIORE, *op. cit.*, 47-59, nonché, per dei rapidi ragguagli a riguardo, BARRILE, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 471-4; FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, 79-80.

(22) Valga ancora l'esempio delle ipotesi di vilipendio politico: tutelano, esse, l'integrità concettuale di certi valori morali politicamente rilevanti? O forse il prestigio di istituzioni? Stanno a prevenire il pericolo di disobbedienze da parte dei cittadini? Sul punto dovrò tornare ancora, più avanti (parr. 5 e 6). Per una sintetica ricostruzione, ad ogni modo, v. sin d'ora, RUGA RIVA, *op. cit.*, 2022-4.

2.2. Altro aspetto problematico dei reati d'opinione è costituito dal fatto che le norme che li incriminano prevedono, specie nel caso dei reati d'opinione politici (previsti, cioè, tra i delitti contro lo Stato), margini edittali di pena molto elevati (23). Per non fare che alcuni esempi, il vilipendio alla nazione italiana (art. 291 c.p.) e il vilipendio alla bandiera italiana (art. 292 c.p.) sono (o meglio: erano, prima della novella del febbraio 2006) puniti con la reclusione da uno a tre anni; il vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate (art. 290 c.p.) e l'offesa alla bandiera o ad altro emblema di uno Stato estero (art. 299 c.p.), con la reclusione da sei mesi a tre anni; la propaganda e l'apologia sovversiva o antinazionale (272 c.p.), addirittura con la reclusione da uno a cinque anni. Ma anche al di fuori dei reati d'opinione politici, i livelli sanzionatori non possono certo dirsi miti: l'apologia di delitto (art. 414, terzo comma, c.p. in relazione al primo comma n. 1), ad es., è punita con la reclusione da uno a cinque anni.

Margini edittali così consistenti si spiegano in relazione al sistema di valori di cui era espressione il codice Rocco. I reati di opinione, a ben vedere (24), non sono altro che derivati dei vecchi delitti di lesa maestà (25): delitti cioè la cui connotazione offensiva essenziale è quella di rappresentare una turbativa per tutta una serie di valori morali facenti — direttamente o indirettamente — capo allo Stato: l'idea di nazione, il prestigio delle istituzioni, l'obbedienza alle leggi penali statali. Si comprende, pertanto, che nella prospettiva di un sistema giuridico-politico, come quello fascista, caratterizzato dalla ipostatizzazione dello Stato, dalla sacralizzazione dell'idea di Stato, e dall'idea di uno Stato espressivo di tradizioni valori e aspirazioni tipicamente nazionali, i reati dinanzi ricordati, costituendo l'espressione di contro-valori rispetto ai valori morali incarnati nell'idea di Stato e di nazione, rappresentassero dei fatti meritevoli di particolare riprovazione giuridico-penale.

Altrettanto evidente è, però, che — quale che sia il giudizio sulla (eventualmente perdurante) legittimità costituzionale e politico-criminale dell'incriminazione di reati d'opinione — comminatorie edittali così sostenute in relazione a fatti la cui sostanza è quella di offendere, o di contestare, valori morali incarnati nello Stato, sono in profondo conflitto con il mutato clima politico e sociale, e in particolare con un assetto costituzionale imperniato sulla centralità, sulla sacralità, non più dello Stato e dell'i-

(23) La Corte costituzionale ha avuto modo di affrontare la questione, in relazione — tra l'altro — all'art. 272 c.p., concludendo però che la pena ivi prevista non dà « luogo ad [una] ipotesi di manifesta irragionevolezza da parte del legislatore nella valutazione sulla congruità » della risposta sanzionatoria (Cost. 142/73).

(24) O, per lo meno, quelli originariamente previsti nel codice Rocco: le varie ipotesi di apologia, propaganda e vilipendio politici, e l'apologia di reato.

(25) FIORE, *op. cit.*, cap. primo.

dea di nazione, ma — innanzitutto — della persona umana e della sua dignità individuale e sociale.

2.3. Ciò nondimeno, le ragioni che maggiormente connotano la categoria dei reati d'opinione come autonoma categoria problematica sono certamente ragioni di offensività delle fattispecie: da intendersi, in particolare, come ragioni legate al tipo di offese che le norme incriminatrici mirano a prevenire, e quindi al tipo di condotte incriminate e al tipo di beni che l'incriminazione mira a tutelare.

Da questo punto di vista, le ragioni di problematicità della categoria dei reati d'opinione sono implicite nella definizione stessa che di questa ho dato in precedenza: appunto per questo ho potuto affermare che i problemi di offensività presentati dai reati d'opinione sono in un certo senso problemi strutturali, non meramente contingenti; nel senso che sono intrinseci alla, impliciti nella, definizione stessa dei reati d'opinione, e nella ineludibile relazione di conflittualità, o quantomeno di tensione, in cui questi si pongono rispetto ad alcuni postulati essenziali di ogni liberal-democrazia.

L'incriminazione di un reato d'opinione, s'è detto:

a) ha ad oggetto l'espressione (non necessariamente verbale o linguistica, ma anche comportamentale) di un'opinione, di un punto di vista;

b) a tutela di valori morali o spirituali sovra-individuali, o di sensibilità collettive rispetto ad essi: il prestigio dello Stato e delle pubbliche istituzioni; l'idea di nazione; il sentimento nazionale; il sentimento religioso; la pace e la tranquillità sociale (come sentimento collettivo di sicurezza, o come riflesso emotivo-sentimentale della vigenza di certi valori (26)); l'ideale dell'ordine pubblico (come difesa delle ideologie dominanti (27) e come fedeltà alla legge e ai valori in essa incarnati (28)); l'eguaglianza tra le persone.

Correlativamente, gli interrogativi che sorgono in materia di reati d'opinione sono essenzialmente (o, per lo meno, innanzitutto) due:

a) è legittimo, e — se sì — fino a che punto, in che misura, è legittimo, vietare penalmente l'espressione di un'opinione?

b) ed inoltre, ammesso che in certi casi l'espressione di un'opinione possa essere legittimamente vietata, è legittimo farlo a tutela di valori morali o spirituali sovra-individuali o di sensibilità collettive di alto livello?

3. *La "portata" della libertà di espressione* — Entrambi gli interrogativi così posti rinviano alla tematica della libertà d'espressione. Ogni

(26) Su queste accezioni psicologiche dell'ordine pubblico, quale oggetto di tutela penale, v. DE VERO, *La tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988, 40-113.

(27) BARILE, *op. cit.*, 476.

(28) DE VERO, *op. cit.*, 114 ss.

persona ha il diritto di liberamente manifestare il proprio pensiero: lo sancisce, come noto, l'art. 21 Cost. (29), che legittima esplicitamente quelle sole limitazioni che abbiano ad oggetto manifestazioni contrarie al buon costume. Da ciò tuttavia non discende che, salvo il caso delle manifestazioni contrarie al buon costume, il legislatore non sia mai costituzionalmente abilitato a punire condotte consistenti in espressioni di atti di pensiero.

In verità, si tratta di capire quali siano, per così dire, tanto la “portata” quanto il “peso” della garanzia costituzionale della libertà d'espressione. Le due questioni vanno chiaramente distinte (30):

a) con la prima ci si chiede quale sia l'ampiezza della garanzia: a quali classi di casi essa si riferisca; quale sia la dimensione della manifestazione del pensiero, la cui libertà è garantita dall'art. 21 Cost.;

b) con la seconda, una volta determinata la dimensione, ci si chiede invece quale sia il peso del principio della libertà d'espressione, a quali condizioni, e in quali casi, essa sia protetta a preferenza di altri principi, con i quali entri eventualmente in conflitto; quando la libertà di espressione prevalga rispetto ad altri principi fondamentali con essa confliggenti.

3.1. Cominciando dalla prima questione, un'analisi appena accurata mostra agevolmente come la portata, la dimensione, della libertà d'espressione sia in realtà molto più limitata di quello che a tutta prima si potrebbe credere.

3.1.1. Intendo qui proporre, in particolare, una definizione della portata della libertà di espressione di tipo non ontologico, ma teleologico. Una definizione, cioè, che, per stabilire se una certa disciplina sia in conflitto con l'art. 21 Cost., guardi, non già alle caratteristiche della condotta regolata, ma piuttosto al punto di vista dal quale, e alle ragioni per le quali, essa è presa in considerazione dalla legge. In quest'ottica, non esi-

(29) Ma anche — per non fare che alcuni esempi — l'art. 10 CEDU e l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01).

(30) Sulla distinzione tra “coverage” e “protection” della libertà di espressione, v. SCHAUER, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, in *Vanderbilt Law Review*, 1981, 270, 275-6, e testi ivi citati; e, più in generale, FEINBERG, *Filosofia sociale* (1973), trad. it. di L. Andreazzi, Milano, 1996, 142, che distingue tra “scope” (tradotto come “ambito”) e “incumbency” (tradotto come “obbligatorietà”) dei diritti. La distinzione tra portata e peso di un principio, o di un diritto, peraltro, è correlativa a quella tra definizione e bilanciamento: la ricostruzione della portata di un diritto è propriamente un'opera di definizione dello stesso, ed infatti ha, per esito, una definizione (del concetto) del diritto; la determinazione del peso di un diritto è invece funzionale ad un eventuale bilanciamento con altri diritti: il peso di un diritto è sempre un *peso relativo*, consistendo esso nell'importanza del diritto rispetto ad altri diritti, con i quali quello venga eventualmente in conflitto; nella individuazione delle circostanze che determinano la prevalenza o la soccombenza del primo rispetto ai secondi.

stano condotte che ontologicamente (cioè in virtù di proprie caratteristiche strutturali) rientrano nella garanzia della libertà di espressione, e condotte che ne siano ontologicamente escluse: qualunque condotta vi può rientrare (allo stesso modo in cui una condotta che tipicamente consiste nella manifestazione del pensiero può esserne esclusa), a seconda delle ragioni per cui, e del punto di vista dal quale, essa sia presa in considerazione dalla legge (31).

Il fondamento di questa impostazione discende da una precisazione preliminare. Qualunque condotta intenzionale si compone di due aspetti: un aspetto spirituale, o interno, e un aspetto materiale, o esterno. Ogni

(31) Accezioni ontologiche della portata della libertà di espressione sono, invece, quelle che la fanno dipendere da un giudizio di circa la *natura*, o le *caratteristiche*, della condotta regolata. Tali sono, ad es. (senza pretesa di completezza): *a*) la tesi per la quale nella garanzia dell'art. 21 Cost. rientrerebbero esclusivamente quelle manifestazioni del pensiero che abbiano ad oggetto materie cosiddette privilegiate, quali scienza, arte, politica, cultura; mentre ne sarebbero escluse, e sarebbero dunque discrezionalmente conculcabili da parte del legislatore ordinario, le manifestazioni del pensiero che vertano su materie non rientranti tra quelle privilegiate (v. ad es. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, *passim*; DELITALA, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Iustitia*, 1959, 386-9; BETTIOL, *op. cit.*, 10-1); *b*) la tesi per la quale, ai sensi del primo comma dell'art. 21 Cost., « non è pensiero ciò che non può essere posto ad un così alto livello di considerazione per cui non può godere della garanzia costituzionale »: il che varrebbe, non solo per « la *menzogna*, la *falsità*, vale a dire l'opposto della verità », o per « il furto del pensiero altrui », ma anche per le « manifestazioni dell'uomo soverchiate da momenti psicologico-sentimentali, irrazionali, volitivi, ed emotivi che non tendono per natura loro a *persuadere* ma ad eccitare, a commuovere » (ancora BETTIOL, *op. cit.*, 13; e nello stesso senso FOIS, *op. cit.*, 113-20; DELITALA, *op. cit.*, 389. Analogamente, John Finnis ritiene che non costituiscano “*speech*” ai sensi della “*freedom of speech*” quelle condotte comunicative che sono rivolte, esclusivamente o prevalentemente, a stimolare le altrui passioni, e non l'altrui ragione: FINNIS, *Reason and Passion: The Constitutional Dialectic of Free Speech and Obscenity*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 1967, 222 ss.); *c*) la tesi che si fonda sulla distinzione tra “*expression*” e “*action*” (distinzione da effettuarsi « by consideration of whether the conduct pertakes of the essential qualities of expression or action, that is whether expression or action is the dominant element »: Thomas EMERSON, *The System of Freedom of Expression*, New York, 1971, 18), e per la quale la garanzia della libertà di espressione si riferisce, per principio, solo a quelle condotte il cui elemento dominante sia quello dell'espressione del pensiero, e non dell'azione. (Un argomento analogo si trova anche in Cost. 16/1973, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 87, la quale respinge i sospetti di incostituzionalità relativi all'art. 266 c.p., affermando, tra l'altro, che « l'istigazione non è pura manifestazione del pensiero, ma è azione e diretto incitamento all'azione, sicché essa non risulta tutelata dall'art. 21 Cost. »); *d*) la tesi che — partendo dalla distinzione tra usi del linguaggio che servono a dire qualcosa e usi del linguaggio che servono a fare qualcosa, e quindi, rispettivamente, tra *assertions of facts and value* e *situation-altering utterances* (offerte, minacce, promesse, permessi, ordini, ecc.) — argomenta nel senso che « communications whose dominant purpose is to accomplish something rather than to say something are not reached by the principle of free speech or are reached much less strongly than are ordinary claims of facts and values » (Kent GREENAWALT, *Speech, Crime, & the Uses of Language*, New York-Oxford, 1989, 40 e *passim*. V. pure ID., *Insults and Epithets: Are They Protected Speech?*, in *Rutgers Law Review*, 1990, 289-90).

azione, infatti, ha alla propria base un certo stato soggettivo: desideri, preferenze, valutazioni, convinzioni, credenze, motivazioni; ogni azione dunque — non solo quelle più propriamente comunicative (32) — può essere vista come l'espressione di un certo contenuto psichico (ossia, appunto, di certi desideri, preferenze, valutazioni, convinzioni, credenze, motivazioni). Ogni azione rappresenta, inoltre, un intervento nel mondo esterno: agire significa, insomma, fare qualcosa; e questo "fare qualcosa" si caratterizza per gli effetti che produce nel mondo esterno: nel mondo fisico, nel mondo sociale, nel mondo giuridico, e così via.

Vista, poi, da altra prospettiva, se si parte dall'assunto che ogni azione intenzionale rappresenta una manifestazione di fatto di un contenuto di pensiero, questa stessa distinzione tra aspetto interno e aspetto esterno dell'azione intenzionale può tradursi in una parallela distinzione tra contenuto e forma di una manifestazione del pensiero: il primo che si riferisce al contenuto di pensiero espresso, l'altra all'azione, della quale l'espressione di un certo contenuto di pensiero abbia, in maniera contingente, preso forma.

Faccio un esempio. Tizio apre il frigorifero, afferra una bottiglia di birra e beve. Possiamo prendere questa azione in considerazione: *a*) per il suo contenuto, ossia come espressione di un certo contenuto psichico (ad es.: del desiderio di Tizio di bere qualcosa di fresco; della preferenza di Tizio per la birra rispetto all'aranciata; della credenza di Tizio, che la birra abbia un effetto dissetante maggiore rispetto all'aranciata, ecc.); *b*) o per la sua forma, e quindi come azione produttrice di effetti nel mondo esterno (ad es.: in seguito all'azione di Tizio, la bottiglia di birra, che prima era piena, adesso è vuota; oppure, se immaginiamo che Tizio si trovi nella camera di un albergo, la sua azione lo avrà probabilmente reso punto di imputazione dell'obbligo di pagare la birra, e avrà dunque prodotto l'effetto giuridico del sorgere, in capo a Tizio, di un'obbligazione a beneficio dell'albergo che lo ospita).

(32) Condotte, cioè, le quali (non solo, come ogni condotta, esprimono di fatto un contenuto di pensiero del loro autore, ma piuttosto) hanno nell'espressione di un certo contenuto di pensiero (giudizio di fatto e/o di valore) la loro funzione tipica. Mi riferisco, ovviamente, alla complessa categoria degli atti linguistici, ossia alle condotte direttamente consistenti nella formulazione di espressioni linguistiche; ma mi riferisco anche a tutte quelle altre condotte che potremmo metaforicamente qualificare come formulazioni *comportamentali* di espressioni linguistiche, condotte, cioè, che, pur non consistendo nel pronunciare o nello scrivere certe parole, hanno funzione sociale tipica perfettamente equivalente a quella del pronunciare o dello scrivere certe parole; si tratta, in sintesi, di comportamenti che — se collocati in un contesto sociale adeguato — tipicamente equivalgono, dal punto di vista dell'uso sociale, alla formulazione di una corrispondente espressione linguistica; in questi casi, la diretta formulazione di una espressione linguistica è sostituita da un comportamento semanticamente equivalente: ciò che potrebbe essere detto con parole è invece detto "con i fatti" (sputare su un simbolo, porgere una banconota al vigile che sta elevando una contravvenzione, puntare il coltello alla gola della cassiera ammiccando verso la cassa).

Questa stessa condotta (Tizio apre il frigorifero, prende una bottiglietta di birra e beve) potrebbe dunque essere rilevante tanto ai sensi di una norma che la consideri proprio per il contenuto psichico che essa esprime, quanto ai sensi di una norma che invece la consideri per qualcuno degli effetti che essa produce nel mondo esterno. Una norma del primo tipo potrebbe ad es. essere una norma che vietasse di esprimere preferenza per la birra. Una norma del secondo tipo potrebbe ad es. essere la norma che vieta l'insolvenza fraudolenta (641 c.p.), se — in uno dei casi fatti più sopra — immaginiamo che Tizio consumi la birra trovata nel frigo della camera d'albergo, ben sapendo di non avere i soldi per pagarla.

Ebbene, la mia idea è che, mentre una norma di questo secondo tipo non chiama in alcun modo in causa la garanzia costituzionale della libertà di espressione (pur potendo avere ad oggetto condotte comunicative, o comunque espressive di un certo stato psichico, com'è quella con cui taluno "contrae un'obbligazione"), una norma del primo tipo contrasterebbe evidentemente con l'art. 21 Cost. (33)

La ragione è questa: inteso come limite alla potestà punitiva dello Stato, il principio costituzionale della libertà d'espressione disabilita il legislatore dal vietare una qualsiasi condotta per il solo fatto che questa rappresenti l'espressione di un certo pensiero, di un determinato stato psichico (credenza, desiderio, preferenza, ecc.), proprio del suo autore (34). Di conseguenza, una norma che vieti una condotta espressiva di un certo contenuto di pensiero, e che la vieti proprio in quanto essa sia espressiva di quel contenuto di pensiero, contrasta (salvo il limite del buon costume) con la garanzia costituzionale della libertà di espressione. Detto altrimenti, nella garanzia della libertà di espressione rientra qualsiasi condotta in quanto sia considerata dal legislatore come espressiva di un certo contenuto di pensiero (asserzione di fatto e/o giudizio di valore): il legislatore non ha il potere giuridico di vietare una condotta solo perché questa comunica un certo messaggio, un certo contenuto di pensiero proprio del suo autore, una certa idea (35). In questo senso, oggetto della garanzia

(33) Per un ragionamento in parte analogo v. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, cit., 352-3.

(34) In questo senso, se si vuole, il principio della libertà di espressione è intimamente connesso con il principio di materialità, o oggettività, del reato, secondo cui *cogitationis poenam nemo patitur*: nessuno può essere legittimamente punito per aver avuto (ed espresso) un "cattivo pensiero".

(35) È interessante notare come questa sia una lettura particolarmente radicata nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sul Primo Emendamento alla Costituzione statunitense: v. per tutti ALEXANDER, *Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense*, in *Constitutional Commentary*, 1996, 73; STONE, *op. cit.*, *passim*.

costituzionale è direttamente la possibilità di esprimere un proprio contenuto di pensiero: a nessuno può essere vietato di “dire” quel che pensa.

Qui, tuttavia, la libertà d’espressione trova anche il suo limite. Con essa infatti non contrasterebbe una norma che pure vietasse una condotta tipicamente comunicativa, se la prendesse in considerazione, la considerasse rilevante, non per il contenuto di pensiero comunicato, ma per un qualche aspetto esterno che la connotasse quale modificazione della realtà (fisica, sociale, giuridica).

Nessuna norma, insomma, contrasta con la garanzia costituzionale della libertà di espressione per il solo fatto di vietare condotte comunicative: condotte la cui funzione tipica è cioè quella di esprimere un qualche contenuto di pensiero (36). Il mero fatto che una certa condotta possa qualificarsi come manifestazione di un certo contenuto psichico non è sufficiente a farla rientrare nella garanzia costituzionale della libertà di espressione. Perché una norma contrasti con l’art. 21 Cost., occorre che essa, nel vietare una condotta, la consideri rilevante proprio come espressione di un qualche contenuto di pensiero, e non in quanto produttiva di un qualche effetto nel mondo fisico, o nel mondo giuridico, o nel mondo sociale.

Nulla hanno, ad es., a che vedere con l’art. 21 Cost. norme come quelle — già più volte ricordate — che incriminano il disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone (659 c.p.) o la molestia o disturbo alle persone (660 c.p.), l’estorsione (629 c.p.), la violenza o minaccia per costringere a commettere un reato (611 c.p.), la minaccia (612 c.p.), le varie forme di corruzione (318-322 c.p.), la concussione (317 c.p.), e così via. Eppure, in tutti questi casi, ad essere incriminate sono condotte comunicative: condotte che, ripeto, tipicamente consistono nella (o comportano la) manifestazione di un pensiero, o comunque di uno stato psichico, proprio dell’autore della condotta.

Il fatto è, però, che in nessuna di queste norme la ragione dell’incriminazione sta nel fatto che, mediante la condotta incriminata, è espresso un certo contenuto di pensiero. La condotta è sempre considerata dal punto di vista del (e quindi incriminata per il) suo aspetto esterno: in quanto essa produca (o si assume produca) certi effetti nel mondo esterno. La condotta di concussione, ad es., (come ogni condotta costrittiva o induttiva) è una condotta tipicamente comunicativa: essa esprime, cioè, il desiderio del pubblico agente che il privato gli dia o gli prometta una qualche utilità indebita. Non è per questo, però, che l’art. 317 c.p. la considera rilevante, ma piuttosto per il fatto che questo desiderio, ben altro che semplicemente manifestato, è conseguito dal pubblico ufficiale

(36) Su tale concetto, v. *supra*, nota 32.

con l'abuso dei suoi poteri o della sua qualità, facendo sì che il privato sia costretto o indotto a soddisfarlo.

Lo stesso vale, mi sembra, per le diverse ipotesi di istigazione penalmente rilevanti, sia come autonoma figura delittuosa, sia come forma di partecipazione morale nel reato. Anzi, proprio la vicenda della fattispecie dell'istigazione a delinquere (di cui all'art. 414, primo e secondo comma, c.p.), se posta in relazione con quella, limitrofa (414, terzo comma, c.p.), dell'apologia di delitto, appare particolarmente istruttiva in merito ai diversi punti di vista, dai quali una condotta comunicativa può essere presa in considerazione da parte del legislatore. La differenza concettuale fra istigazione e apologia sta infatti, non tanto nel contenuto semantico della condotta (che nei due casi può essere perfettamente identico), né nella struttura di questa (37), quanto nel punto di vista, dal quale una stessa condotta è assunta come rilevante: nel caso dell'apologia essa è assunta esclusivamente dal punto di vista della espressione di un contenuto di pensiero; nel caso dell'istigazione, invece, essa è assunta dal punto di vista della sua capacità di produrre l'effetto sociale di un incitamento di altre persone alla commissione di reati.

Esiste, naturalmente, la possibilità di costruire anche la condotta illecita di apologia in termini di incitamento alla commissione di delitti, e quindi alla stregua di (quella che viene definita) una "istigazione indiretta" (38): si tratta evidentemente del risultato di una interpretazione, non letterale (poiché letteralmente fare l'apologia non implica alcun elemento istigativo indiretto), ma costituzionalmente orientata dell'art. 414, terzo comma, c.p., volta cioè a rendere la norma compatibile con il diritto alla libera manifestazione del pensiero. Quale che sia la sostenibilità di questa lettura, essa comunque non fa che confermare lo spunto dal quale siamo partiti: la compatibilità di una norma incriminatrice con la garanzia costituzionale della libertà di espressione dipende dal punto di vista dal quale la condotta è considerata dalla norma: l'incriminazione dell'apologia di

(37) Tanto nell'istigazione a delinquere quanto nell'apologia di delitto la condotta illecita è a forma libera: non occorre che si tratti di una condotta tipicamente comunicativa.

(38) Questa è, come noto, la posizione della Corte costituzionale, che nella sentenza 65/1970 ha ritenuto che l'apologia di delitto non contrastasse con l'art. 21 Cost., perché andrebbe appunto interpretata alla stregua di una istigazione indiretta a delinquere (« l'apologia punibile non è [...] la pura manifestazione di pensiero ma quella che sia concretamente idonea a provocare la commissione di delitti »). Stando alle massime, la giurisprudenza ordinaria più recente sembra in buona parte attenersi a questa interpretazione (ad es.: Cass., Sez. I, 5 giugno 2001, n. 26907, Venato, in *Riv. pen.*, 2001, 820; Cass., Sez. I, 5 maggio 1999, n. 8779, Oste, in *Cass. pen.*, 2000, 3013; Cass. Sez. I, 17 novembre 1997, Gizzo, in *Cass. pen.*, 1998, 2932), e configura l'apologia di delitto come reato di pericolo concreto: rimane da stabilire quanto accurata sia, dietro l'enunciazione del principio, l'indagine dei giudici di merito circa l'effettiva realizzazione dell'evento di pericolo. In dottrina, v. per tutti: DE VERO, *op. cit.*, 221 ss.; FORTI, *sub art. 414 c.p.*, in CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ (cur.), *Commentario breve al codice penale*, cit., 1139.

delitto contrasta con l'art. 21 Cost. finché la si interpreti nel senso di considerare una condotta esclusivamente da (quello che qui ho denominato) il punto di vista interno, ossia quale mera espressione di un certo contenuto di pensiero; essa invece non vi contrasta, ove la si interpreti nel senso di considerare una condotta (anche) dal punto di vista della sua capacità di provocare certi effetti nel mondo esterno, ossia dal punto di vista della sua concreta idoneità a provocare la commissione di delitti.

3.1.1.1. A questo punto, ci si potrebbe tuttavia chiedere perché mai non contrasti con l'art. 21 Cost. una norma che vieti una condotta comunicativa, per il solo fatto che questa consideri la condotta, non dal punto di vista del messaggio da essa espresso, ma da quello dei suoi effetti sociali o giuridici.

La ragione di ciò la si può così, sinteticamente, riassumere. La garanzia di cui all'art. 21 Cost. esclude che lo Stato abbia il potere di limitare, di restringere, la libertà di espressione: non esclude invece che lo Stato abbia il potere (ed anzi, entro certi termini, il compito) di regolare, di disciplinare, l'esercizio di questa libertà (39). Una regolamentazione dell'esercizio delle libertà della persona è indispensabile ai fini di una pacifica e proficua convivenza civile: senza una siffatta regolamentazione, nessuno potrebbe tranquillamente godere delle proprie libertà e dei propri diritti; una certa disciplina dell'esercizio di una libertà è dunque necessaria perché ciascuno possa godere di questa stessa, come di altre, libertà e dei propri diritti (40). Quel che importa è che la regolamentazione dell'esercizio delle libertà non intacchi (quello che con John Rawls potremmo chiamare) "the central range of application" della libertà fondamentale disciplinata; importa, cioè, che la regolamentazione dell'esercizio di una libertà non arrivi sino al punto di sopprimerne le manifestazioni che maggiormente le sono essenziali.

Ebbene, l'ambito applicativo centrale della libertà di espressione, a mio parere, è appunto questo: non si può venire perseguiti per ciò che si pensa; dal che consegue che lo Stato non ha il potere di vietare ai singoli di esprimere il loro pensiero per ciò solo, che il messaggio espresso ha un contenuto offensivo, irrispettoso, blasfemo, inopportuno, e così via.

3.1.2. Secondo autorevole dottrina, un altro limite alla portata della

(39) Per questa distinzione v., per tutti, MEIKLEJOHN, *The First Amendment is an Absolute*, cit., 252, 257 (che distingue tra « "regulation" and "abridgement of freedom" »); RAWLS, *The Basic Liberties and Their Priority*, in *The Tanner Lectures on Human Values*, 1981, 9-10.

(40) Una società che fosse priva di una disciplina dell'uso delle libertà, a ben vedere, non sarebbe altro che uno stato di natura di tipo hobbesiano, in cui tutti hanno diritto a tutto (sono cioè liberi di fare tutto ciò che vogliono, non hanno il dovere di astenersi da alcunché), e però il prezzo di ciò è costituito da una perenne insicurezza e paura nel godimento di questo pantagruelico diritto.

libertà di espressione dovrebbe ricavarsi dal fatto che l'art. 21 Cost. riconosce a tutti il diritto di liberamente manifestare il proprio pensiero; con la conseguenza che dovrebbero considerarsi

escluse dalla garanzia (ma non però direttamente vietate) le manifestazioni che non rispondano alle interiori persuasioni o all'interiore pensiero, le affermazioni o le negazioni che non corrispondano alle effettive convinzioni e valutazioni, e consentito al legislatore ordinario di vietare e punire in vantaggio della fede pubblica in generale, o di più individuati interessi di singoli o di collettività, il subiettivamente falso, la menzogna (deformante, reticente, patente, latente), il dolo, l'inganno, il raggirò, ove sia raggiunta la prova della divergenza della espressione dall'interiore pensiero (41).

Le norme che incriminano la truffa (640 c.p.), la falsa testimonianza (372 c.p.), la calunnia (368 c.p.) e l'auto-calunnia (369 c.p.), le varie falsità ideologiche (ad es.: 479, 480, 481, 483 c.p.), ecc., sebbene abbiano ad oggetto condotte comunicative, non contrasterebbero, tuttavia, con la garanzia della libertà d'espressione, poiché, non essendo manifestazioni del proprio pensiero, non rientrano nella portata dell'art. 21 Cost.

In realtà, indiscusso il principio, più discutibile mi sembra il ragionamento: se è indubbio, cioè, che nessuna delle norme citate si ponga in alcun modo in conflitto con il diritto alla libertà di espressione, meno convincente è l'argomentazione usata per sostenere una tale conclusione: forse che un'opera d'arte (ad. es. un romanzo) non è manifestazione del pensiero del suo autore, anche se questi è perfettamente consapevole di ciò, che essa è solo il frutto della sua fantasia? Anche un enunciato falso rappresenta il frutto del pensiero di chi lo elabora.

A me pare, piuttosto, che ad escludere le condotte incriminate da quelle norme dalla portata della libertà di espressione basti, ancora una volta, il fatto che nessuna di esse vieta una condotta comunicativa esclusivamente in considerazione del suo contenuto: in ognuno di quei casi, la condotta è incriminata in ragione degli effetti (falsificazione di atti; pregiudizio patrimoniale; sviamento dell'attività di indagine o di quella giudiziaria) che essa produce nel mondo esterno.

4. *Il "peso" della libertà di espressione* — Fin qui — per grandi linee — la portata dell'art. 21 Cost.

Che una norma penale sia in conflitto con l'art. 21 Cost., tuttavia, non significa ancora che essa sia illegittima. Definita la portata del principio della libera espressione del pensiero, occorre infatti stabilirne il peso:

(41) ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 36-7. Conf. PULITANO, *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in questa *Rivista*, 1969, 224.

stabilire, cioè, se, e a quali condizioni, esso prevalga su altri principi con i quali esso venga eventualmente in conflitto. La dimensione del peso di un principio chiama in causa la problematica del conflitto, e quindi del bilanciamento, tra principi. Non è questione sulla quale sia qui possibile dilungarsi oltremodo. È importante, tuttavia, fissare il concetto che è ad essa sotteso: che una certa norma sia in contrasto con, o costituisca realizzazione di, un principio costituzionale, non rappresenta una ragione decisiva per affermarne l'incostituzionalità o, rispettivamente, la legittimità costituzionale. Detto altrimenti: che una condotta C rientri nella garanzia di un certo principio costituzionale P1, non comporta, di per sé solo, l'incostituzionalità della norma N, che eventualmente ne vieti la realizzazione. Ci sono casi, nei quali una norma restringe, limita, vieta, una condotta (C) che rientra nella portata di un principio (P1), senza rappresentare però una vera e propria violazione del principio stesso. La restrizione potrebbe infatti trovare ragione nell'esigenza di salvaguardare un diverso principio costituzionale (P2), eventualmente in conflitto con P1. In questo caso, che C rientri nella portata di P1 non vale, da solo, a "garantire" C nei confronti del potere punitivo dello Stato: la legittimità costituzionale di N dipenderà integralmente dal modo in cui si ritiene che il conflitto tra P1 e P2 vada risolto, e quindi dal peso rispettivo dei due principi e dall'esito del bilanciamento tra di essi. La restrizione di P1 operata da N rispetto a C, relativamente ai casi in cui P2 debba ritenersi prevalente su P1, rappresenterebbe una restrizione giustificata, e non quindi una violazione, di P1 (42).

La *violazione* di un principio, di un diritto, è una *restrizione ingiustificata*: non sempre, però, la restrizione di un diritto è, per ciò solo, ingiustificata, e quindi ingiusta; essa può talora essere giustificata in vista della salvaguardia di un altro principio, o diritto, che possa ritenersi prevalente rispetto a quello che subisce la restrizione.

Il fatto che una certa norma penale vieti una condotta rientrante nella portata del principio della libera espressione del pensiero, quale garantito dall'art. 21 Cost., non è dunque una ragione decisiva per affermarne l'incostituzionalità. Può darsi, infatti, che il divieto assuma sì la condotta dal punto di vista del messaggio da essa comunicato, ma lo faccia a salvaguardia di un interesse o di un principio di rango costituzionale non inferiore a quello (della libertà di espressione) da esso conculcato.

Esistono, per comune assunzione, beni che possono certamente essere lesi mediante espressione di un'opinione, e che sono anch'essi dotati

(42) Per la distinzione tra "restrizione giustificata" (*justified infringement*) e "violazione", o "restrizione ingiustificata" (*violation*) di un diritto, v. THOMSON, *Self-Defense and Rights*, in Ead., *Rights, Restitution, & Risk* (ed. by W. Parent), Cambridge Mass. and London, 1986, 40; FEINBERG, *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, in *The Tunner Lectures on Human Values*, 1977, 232.

di rilevanza costituzionale primaria (orientativamente equiparabile a quella della libertà d'espressione). Nel rispetto dovuto a beni siffatti, è ormai pacifico che la libertà d'espressione, almeno a certe condizioni, possa soccombere.

Nessun dubbio, ad es., che l'espressione di un pensiero possa risultare offensiva dell'altrui dignità umana e sociale, e che generalmente il peso di quest'ultimo bene risulti, nel conflitto, maggiore rispetto a quello riconosciuto alla libertà di espressione (43). Ciò fa sì che le restrizioni della libertà di espressione imposte mediante le norme che incriminano l'ingiuria e la diffamazione risultino, in linea di principio, giustificate: siano, pertanto, non ingiuste, e non sfocino quindi in una vera e propria violazione di quella stessa libertà.

Un ragionamento analogo può farsi, ad es., in relazione al delitto di rivelazione di notizie segrete (art. 262 c.p.), o alle diverse fattispecie che incriminano la rivelazione di certi tipi di notizie (artt. 618, 620, 621, 622, 623, 684 c.p.): la libertà di espressione, in questi casi, incontra un limite nell'esigenza di tutelare interessi, quali quello delle persone alla riservatezza (e con esso, ancora una volta, alla integrità della propria dignità umana e sociale), o quello dello Stato al buon andamento della pubblica amministrazione, o all'efficienza dell'azione giudiziaria (44), e così via.

5. *Libertà di espressione e reati di opinione* —

"We are terrified by ideas, rather than challenged and stimulated by them. Our dominant mood is not the courage of people who dare to think. It is the timidity of those who fear and hate whenever conventions are questioned".

Alexander Meiklejohn (45)

Sin qui abbiamo, dunque, conseguito un risultato fondamentale: il principio della libera manifestazione del proprio pensiero esclude che il legislatore abbia il potere giuridico di vietare una condotta esclusivamente in ragione del messaggio, del contenuto di pensiero, da essa veicolato. Il divieto di una condotta consistente nella manifestazione di un pensiero entra in contrasto con il principio della libertà di espressione se, e solo se, esso ha la propria giustificazione nel contenuto del messaggio comunicato mediante la condotta (o meglio: se, e solo se, esso è finalizzato ad impe-

(43) La libertà di espressione, si dice, trova un "limite implicito" nel rispetto dovuto all'altrui dignità umana e sociale (v. ad es. ESPOSITO, *op. cit.*, 44 ss.). A me non pare, invece, che sia una questione di "limiti" alla portata della libertà di espressione, quanto piuttosto di limiti alla sua "protezione", ossia alla sua "prevalenza" rispetto ad altri interessi, diritti, o principi.

(44) Sul buon andamento dell'organizzazione giudiziaria come limite alla libertà di espressione, v. BARILE, *op. cit.*, 474-5.

(45) *The First Amendment is an Absolute*, in *The Supreme Court Review*, 1961, 263.

dire che sia comunicato un contenuto pensiero proprio dell'autore della condotta).

Per altro verso, il fatto che una norma contenga un divieto di questo genere non è una ragione decisiva per ritenere che questa sia illegittima: la restrizione della libertà di espressione, operata da una norma, potrebbe essere infatti giustificata dall'esigenza di salvaguardare altri principi o diritti, eventualmente in conflitto con, e prevalenti su, quello.

Non resta, a questo punto, che applicare il ragionamento alla materia dei reati di opinione.

5.1. La norma incriminatrice di un reato di opinione, si è detto, ha ad oggetto il fatto stesso di comunicare un'opinione, di esprimere un giudizio di valore; il punto di vista dal quale la condotta è presa da essa in considerazione è proprio quello della espressione di un particolare contenuto di pensiero: ossia di un giudizio di valore, di un punto di vista critico, valutativo, rispetto ad un certo oggetto.

Le incriminazioni di reati d'opinione (anche di questo si è già detto) sono insomma restrizioni "content-based", che cioè vietano una certa manifestazione del pensiero proprio in considerazione del messaggio espresso: scopo dell'incriminazione è appunto quello di evitare che un certo contenuto di pensiero, e in particolare una certa opinione, siano veicolati, comunicati.

Da ciò discende agevolmente, per quanto si è venuto sin qui dicendo, che le norme sui reati d'opinione comportano senz'altro una restrizione, una limitazione, della libertà di opinione, e sono pertanto in contrasto con l'art. 21 Cost.: le condotte incriminate a titolo di reati di opinione rientrano, cioè, a pieno titolo nella portata della garanzia costituzionale della libertà di espressione (46).

Abbiamo anche visto, però, come questo fatto soltanto non costituisca ancora una ragione decisiva, dalla quale far integralmente dipendere la conclusione, che le norme incriminatrici di reati di opinione sono costituzionalmente illegittime.

Una tale conclusione dipende da un secondo passaggio: l'incriminazione di reati di opinione è basata su ragioni sufficienti a giustificare la restrizione della libertà di espressione da essa operata? Quali sono, dunque, le ragioni soggiacenti alle norme in questione, e quale peso hanno queste ragioni in rapporto al diritto di liberamente manifestare il proprio pensiero?

Se partiamo dall'assunto che la tutela della libertà d'espressione non è assoluta, integrale (47) (che si tratti cioè di un diritto che il legislatore può bilanciare con altri valori, interessi, diritti, costituzionalmente ricono-

(46) Cfr., ad es., ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato*, cit., 87; PULITANÒ, *op. cit.*, 225.

(47) Per importanti precisazioni su ciò che realmente intendono dire (o quantomeno,

sciuti; e che nel bilanciamento essa possa legittimamente soccombere), la questione fondamentale dei reati di opinione diviene questa: il bilanciamento, sotteso ad ogni reato d'opinione, tra la libertà d'espressione che viene compressa, da un lato, e le ragioni per le quali la si comprime, è un bilanciamento dall'esito costituzionalmente legittimo?

Così posta la questione, diviene chiaro che il vero *punctum pruriens* dell'incriminazione di un reato d'opinione sta nel fatto che essa vieta l'espressione di una certa opinione in quanto questa rappresenta un controvalore rispetto ad un valore morale sovra-individuale, in quanto essa, cioè, manifesta l'opposizione a, o il rifiuto di, un ideale collettivamente condiviso, oppure in quanto essa offende la (una) sensibilità collettiva rispetto a certi valori morali.

Ebbene: è legittimo punire l'espressione di un'opinione, per il solo fatto che questa rappresenti, o comporti, il turbamento della sacralità concettuale di un valore morale, di un ideale, o di una sensibilità collettiva rispetto a valori morali? È accettabile imporre il rispetto di valori morali, o di sensibilità, sovra-individuali, e che tale rispetto venga imposto mediante il divieto di esprimere opinioni, ancorché formulate in maniera di per sé non offensiva, per ciò solo che esse hanno per contenuto il deciso, o persino sprezzante, rifiuto di quei valori? Il mero fatto che una certa opinione abbia un contenuto offensivo, turbativo, di certi valori morali sovra-individuali, o di sensibilità collettive ad essi relative, è una ragione costituzionalmente sufficiente a legittimare la limitazione penale dell'espressione di essa?

Questi interrogativi chiamano evidentemente in causa problematiche relative agli stessi fondamenti del nostro sistema politico e giuridico: l'effettivo riconoscimento della libertà di espressione, e le ragioni per le quali la si considera giustamente conculcabile, sono tra i più importanti indicatori dai quali si può fare dipendere il livello di liberalità e di democraticità di un ordinamento giuridico in generale, e di un diritto penale in particolare (laddove a venire in causa siano restrizioni penali della libertà di espressione).

Nel rispondere a quegli interrogativi si dovrà certamente tenere conto di queste più generali e complesse implicazioni.

Ma procediamo con ordine.

5.1.2.a) *Libertà di espressione e tutela di sensibilità collettive di alto livello.* Può la tutela di sensibilità collettive di alto livello (48) costi-

su ciò che certamente *non* intendono dire) i sostenitori di una concezione "assolutista" della libertà di espressione, v. comunque MEIKLEJOHN, *The First Amendment is an Absolute*, cit.

(48) Una questione analoga si pone, peraltro, anche rispetto alla tutela di sensibilità, o emozioni, collettive di basso livello: per un deciso e argomentato rifiuto dell'idea che emozioni di basso livello, come il disgusto, possano costituire un adeguato fondamento per l'in-

tuire una ragione sufficiente a giustificare una limitazione della libertà di espressione? A me sembra che una risposta negativa a questa domanda discenda già da ragioni di offensività del reato.

Si prenda l'esempio della propaganda razzista (art. 3, primo comma, lett. a, l. 654/75), e la si ponga in rapporto con i reati di ingiuria o di diffamazione, magari aggravati (*ex art. 3, d.l. 122/93*) per essere stati "commissi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso".

Mentre un'ingiuria o una diffamazione rappresentano delle vere e proprie forme di aggressione (morale) diretta alla dignità di una persona, cui provocano (o sono ben capaci di provocare) conseguenze dannose di carattere psicologico e persino fisico rilevanti e dimostrabili (49), la lesione di una sensibilità collettiva, o meglio: del senso di una dignità collettiva (ossia: di una dignità relativa all'appartenenza ad una collettività), è qualcosa di molto più sfuggente ed indefinito. La sensibilità collettiva relativa all'appartenenza ad un gruppo etnico, razziale, religioso, ecc., non è che la somma di un insieme indeterminato di sensibilità individuali: una sensibilità collettiva esiste solo come sintesi (effettiva o presunta) di un numero indeterminato di sensibilità individuali, e, nel nostro caso, come sintesi (effettiva o presunta) di un numero indeterminato di sentimenti individuali di dignità collettiva. Di conseguenza, l'offesa ad una sensibilità collettiva non costituisce altro che una proiezione dell'offesa ad un numero indeterminato di sensibilità individuali. Essa, per meglio dire, ha la struttura di un'offesa indiretta a dignità individuali, e come tale essa assume valore per il diritto. Come suol dirsi, con formula retorica: offendere una razza, una etnia, significa offendere tutti coloro che vi appartengono.

Ebbene, dal punto di vista della dignità di una persona, l'offesa (solo indiretta) arrecata mediante un reato d'opinione è strutturalmente assai meno consistente e invasiva di quella che sia direttamente rivolta contro la persona stessa, come individuo: chi dica: "Alessandro Spina è un essere spregevole" offende la mia dignità in misura decisamente più consistente e significativa rispetto a chi, senza conoscermi e quindi senza riferirsi direttamente a me, dica invece: "i siciliani sono esseri spregevoli" (50).

La ragione di questo è molto semplice, e a ben vedere non ha niente a

criminate di una condotta, v. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge* (2004), trad. it. (non sempre condivisibile dal punto di vista della terminologia giuridica impiegata) di C. Corradi, Roma, 2005.

(49) Cfr., ad es., con specifico riferimento alle ingiurie di contenuto razzista, DELGADO, *Words That Wound*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 1982, 135-49.

(50) L'esempio è addotto quale ipotesi di propaganda di idee fondate sull'odio etnico, di cui all'art. 3, l. 654/75. Ovviamente, chi ritenga che l'odio verso i siciliani non sia un caso di odio etnico, è libero di sostituire questo con un esempio ritenuto più adeguato.

che vedere con la differente sensibilità che ciascuno di noi può avere rispetto a certi argomenti. Chi consapevolmente dicesse: “Alessandro Spina è un essere spregevole” intenderebbe senz’altro manifestare disprezzo proprio nei miei confronti. E questo, evidentemente, scuoterebbe la mia dignità in modo diretto ed immediato. Non è detto invece che una persona che dica: “i siciliani sono esseri spregevoli” intenda realmente dire che anch’io, come siciliano, lo sono. La sua frase, oggettivamente, si presta ad una lettura tale, da non coinvolgere necessariamente la mia persona: quel giudizio, in fondo, non è altro che una generalizzazione, che non solo è evidentemente infondata, ma che per di più non discende da una conoscenza della mia persona, e che comunque non ha nulla a che fare direttamente con me (51). Essa non offende la mia dignità; e non vi è dunque alcuna ragione che giustifichi il fatto che io possa sentirmene particolarmente offeso. Quella frase potrà darmi fastidio; è più probabile ancora che io mi limiti a farmi un’opinione tutt’altro che lusinghiera del suo autore, vista la banalità del suo pensiero. Ma (ripeto: salvo il caso che l’espressione dell’opinione razzista non dia luogo ad una vera e propria ingiuria) non sarebbe ragionevole (52) che la mia sensibilità, il mio stato emotivo, ne fossero scossi in maniera appena paragonabile a quanto invece lo sarebbero se qualcuno dicesse che proprio io sono un essere spregevole.

Un ragionamento analogo vale anche rispetto ad altri reati d’opinione: che qualcuno sputi sulla bandiera italiana, la distrugga, offende la mia dignità in misura incomparabilmente minore di quanto farebbe chi mi sputasse in faccia o, per umiliarmi, desse fuoco alla fotografia di un mio familiare.

Detto in sintesi: l’offesa ad una sensibilità collettiva di alto livello, arrecata mediante reati di opinione, ha per sua struttura una consistenza decisamente impalpabile, non certo paragonabile a quella che la stessa condotta potrebbe avere sulla psiche e sul fisico di una persona, se fosse direttamente rivolta contro di questa. Ciò la rende una ragione del tutto in-

Per un caso particolarmente attuale di propaganda fondata sull’odio razziale, v. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in questa *Rivista*, 1999, 1034 ss.

(51) Le cose starebbero in maniera evidentemente diversa se attraverso l’espressione di un’opinione genericamente razzista si intendesse offendere direttamente la dignità di persone determinate (Tizio, ad es., in mia presenza, e sapendo che io sono siciliano, si rivolge a terze persone dicendo a voce alta: “i siciliani sono esseri spregevoli”). Condotte di questo genere, costituendo nient’altro che un’ingiuria o una diffamazione, non porrebbero i problemi (di rilevanza dell’offesa a sensibilità collettive) discussi nel testo.

(52) Il diritto penale può certamente tutelare emozioni o sentimenti, ma occorre che questi abbiano un contenuto, una base cognitiva, razionale: altrimenti esso diviene strumento a tutela di passioni e inclinazioni soggettive arbitrarie e irrazionali. V. ampiamente NUSSBAUM, *op. cit.*, *passim*.

sufficiente a giustificare la limitazione della libertà di espressione. Ed invero,

[q]uanto sarebbe povero il mondo se si vietasse di dire qualunque cosa possa rischiare di offendere una qualsiasi categoria di persone! Se una società multiculturale facesse propri i tabù di tutti i gruppi che la compongono, si finirebbe per avere ben poco di cui parlare (53).

Tanto più che, nel caso dei reati di opinione, ad essere “offeso” è il sentimento di un’idea, di un ideale, di un valore. La possibilità di mettere in crisi l’altrui sentimento, l’altrui inclinazione verso certi valori o ideali, costituisce infatti — come ancora cercherò di mostrare — una delle ragioni fondanti della garanzia della libertà di espressione. Limitare penalmente questa possibilità comporta un’intrusione nel cuore stesso, nell’ambito applicativo più significativo, della libertà di pensiero (54).

5.1.3.b) *Libertà di espressione e tutela di valori morali sovra-individuali.* Può, allora, costituire una ragione sufficiente a giustificare una restrizione della libertà di espressione la tutela di valori morali sovra-individuali, quali ad es. il prestigio dello Stato o di questa o quella istituzione statale, il rispetto della legge penale e la fiducia dei cittadini nell’effettività di questa, e così via?

Ancora una volta, mi pare che la risposta debba senz’altro essere negativa.

Non che il rilievo di valori morali siffatti non si possa in qualche modo ricavare dalla stessa Costituzione: non è questo il punto. Né si può dire che, a tutela di beni sovra-individuali, non si possa mai impedire ad una persona di dire ciò che pensa: se si tratta di beni sovra-individuali costituzionalmente rilevanti, la loro tutela potrebbe certamente giungere a giustificare una restrizione della libertà di espressione (55). A patto, però, che quei beni possano effettivamente essere danneggiati (o quantomeno messi in pericolo) da una manifestazione del pensiero (56).

Il punto è proprio questo. Perché una restrizione della libertà di espressione sia giustificata non è sufficiente che la ragione del divieto sia quella di evitare un danno ad un bene costituzionalmente rilevante: occorre altresì che tra espressione del pensiero e danno (o pericolo di un

(53) DAHRENDORF, *Se l’Europa non difende le conquiste dell’illuminismo*, in *la Repubblica*, 16 ottobre 2006, 18.

(54) V., sia in generale che con specifico riguardo alla tematica del “sentimento religioso”, PULITANO, *op. cit.*, 229-31.

(55) Il che accade, come visto in precedenza, in alcuni dei casi, nei quali è incriminata la violazione di un segreto: come ad es. nel caso in cui un segreto è funzionale al buon andamento della P.A. o all’efficienza delle indagini giudiziarie.

(56) Non si tratta, evidentemente, che di una proiezione del principio di offensività: v. PADOVANI, *Bene giuridico cit.*, 10.

danno) esista una connessione causale effettiva. Una connessione meramente ipotetica, o presunta, tra l'una e l'altro (la mera presunzione del pericolo, l'irrazionale paura, che dall'espressione di un pensiero possa derivare un pregiudizio a carico di un valore, pur costituzionalmente rilevante) non basta a giustificare la compressione di un diritto di tale importanza (57).

Ebbene, anche ammesso che valori, come il prestigio dello Stato o il (o la fiducia dei cittadini nell'effettività del) rispetto delle leggi penali dello Stato, abbiano una rilevanza costituzionale (58), il problema è che non esiste alcuna connessione dimostrabile tra la commissione di un reato d'opinione ed il danno (od anche il solo pericolo di un danno) ad uno di questi valori. Il prestigio della Repubblica, ad es., non dipende per nulla, e quindi non può venire danneggiato, dal fatto che questa o quella persona la facciano oggetto di vilipendio: il prestigio (interno) di uno Stato, come di qualsiasi istituzione pubblica, discende dalla sua capacità di auto-legittimarsi, agli occhi dei cittadini, mediante la sua stessa azione: i meccanismi da cui dipende il prestigio di uno Stato sono, per così dire, troppo complicati perché quello possa, anche solo lontanamente, essere danneggiato o messo in questione dallo sproloquio, offensivo quanto si vuole, di un singolo individuo (59).

Ed ancora: il valore del rispetto delle leggi penali, il valore della fiducia nell'efficacia della legge penale, non si impone vietando ai cittadini di fare apologia di delitti, ma si afferma rendendo più giusto e razionale l'insieme delle norme incriminatrici, ed incrementando l'efficienza del sistema penale.

Detto altrimenti, 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 di quei valori siano effettive (60). Meriterebbe ben poca considerazione, ad es., uno Stato che fosse costretto ad imporre il proprio prestigio vietando ai cittadini di manifestare le loro opinioni: quello in tal modo conseguito sarebbe un mero simulacro di presti-

(57) DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), ed. it. a cura di G. Rebuffa, Bologna, 1982, 289-91: « Lo stato deve ricordare, che impedendo ad un uomo di parlare o di manifestare lo insulterà profondamente e ne otterrà in cambio un beneficio incerto, che può, in ogni caso, essere raggiunto in altri modi, anche se forse più costosi ».

(58) Secondo Zuccalà, ad es., « il prestigio in questione costituisce certo un limite delle manifestazioni del proprio pensiero », un « limite tacito della libertà di pensiero » (*Personalità dello Stato*, cit., 100). La rilevanza del valore del rispetto delle leggi penali, inoltre, potrebbe forse riconoscersi nella trama dell'art. 54 Cost.

(59) Analogamente già PADOVANI, *op. cit.*, 41.

(60) Cfr. GALLO, MUSCO, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 140; PADOVANI, *op. cit.*, 40.

gio, ottenuto con la minaccia; espressione non di autorevolezza morale, ma di autoritarismo.

5.1.4.c) *Libertà di espressione e tutela dell'integrità concettuale di valori morali sovra-individuali*. Per questa via, i reati di opinione si mostrano per quello che realmente sono: la norma incriminatrice di un reato di opinione prende in considerazione una condotta, non tanto perché capace di danneggiare la dimensione, per così dire, reale di valori sovra-individuali, ossia per una sua pretesa (quanto inesistente) capacità di pregiudicare realmente il prestigio dello Stato o la fiducia dei cittadini nella effettività del sistema penale o la dignità di una confessione religiosa o l'eguaglianza tra le persone, ecc.; né, tanto meno, per i suoi risvolti immediati su una sensibilità collettiva relativa a valori siffatti.

L'incriminazione dei reati d'opinione, in realtà, è posta esclusivamente a tutela della dimensione ideale di certi valori morali sovra-individuali, di certi ideali: essa, per così dire, protegge idee, la loro sacralità o intangibilità concettuale; essa mira ad evitare che sia messa in questione l'idea stessa dello Stato (61), o delle sue istituzioni, o l'idea del rispetto della legge penale, o l'idea della dignità di una confessione religiosa, l'idea dell'eguaglianza tra le persone (62), e così via. Nient'altro.

Il vero contenuto di disvalore della condotta illecita di un reato di opinione, la vera ragione per cui la si incrimina, risiede, pertanto, nel suo costituire espressione di una contro-idea — o, se si preferisce: dell'idea di un contro-valore — rispetto all'idea di certi valori morali sovra-individuali diffusamente condivisi, o comunque ritenuti meritevoli di particolare considerazione.

Prendere coscienza del fatto che proprio questa è la reale dimensione dei reati di opinione, è necessario per comprendere la ragione che in maniera più profonda e definitiva rende problematica la categoria in questione. Una restrizione della libertà d'espressione a causa del solo fatto che l'opinione espressa rappresenti l'idea di un contro-valore rispetto a valori morali sovra-individuali contrasta infatti con gli stessi fondamenti della garanzia di cui all'art. 21 Cost., finendo per pregiudicare la libertà di espressione nel suo stesso "contenuto essenziale".

Perché l'assunto non risulti troppo banale e scontato, tuttavia, non è fuori luogo individuare quali sono questi fondamenti, ed in che modo l'incriminazione di un reato di opinione vi contrasta. Per motivi di economia espositiva, mi limiterò a prendere, quale punto di partenza, un'assunzione

(61) Emblematica Trib. Cagliari, 29 ottobre 2003, che nota come « per integrare il dolo del delitto di vilipendio della bandiera è necessario un atteggiamento di gratuito *disprezzo verso l'idea dello Stato* che essa rappresenta ».

(62) Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 2001, Aliprandi e altri, in *Foro it.*, 2001, II, 457. V. anche DELGADO, *op cit.*, 140: « Racism is a breach of the ideal of egalitarianism ».

che, per quanto apodittica, mi sembra sufficientemente condivisibile: riconoscere agli individui un diritto di esprimersi liberamente è importante per ragioni che hanno (quantomeno) a che fare con: *a*) la dignità e l'autonomia delle persone; *b*) la partecipazione democratica dei cittadini alla gestione della cosa pubblica; *c*) l'evoluzione scientifica e morale della società. L'incriminazione di un reato di opinione è in contrasto con ognuna di queste ragioni.

5.1.4.1. La libertà di dire ciò che si pensa è un aspetto essenziale dell'autonomia e della dignità delle persone: avere una personalità significa avere pensieri e valori e poterli esprimere (63). Un soggetto cui sia negato il diritto di dire ciò che pensa è un soggetto cui è negata una parte importante della sua personalità, consistente nella possibilità di affermare, di fronte agli altri, la propria autonomia e la propria dignità di soggetto pensante: « impedire ad un individuo di esprimere ciò che egli in buona fede pensa, è un attacco alla personalità umana, soprattutto per quel che riguarda le questioni di governo » (64).

Intesa come incriminazione di contro-idee, posta a tutela di certe idee diffuse o comunemente condivise, dell'integrità concettuale di certi valori sovra-individuali, l'esistenza di reati d'opinione finisce per comprimere un aspetto cruciale dell'autonomia degli individui, e dell'idea stessa di diritto di agire, quale protezione di una sfera di autonomia della persona rispetto ad esigenze di massimizzazione dell'utilità sociale: *il diritto a sbagliare* (65). I reati di opinione, a ben vedere, non sono altro che una serie di divieti di dire la cosa sbagliata, di predicare l'opinione (assunta come) errata, su certi valori sovra-individuali: il che significa che su questi stessi

(63) « Perché la natura, come diciamo, non fa niente senza scopo e l'uomo, solo fra gli animali, ha la parola [...] la parola è fatta per esprimere ciò che è giovevole e ciò che è nocivo e, di conseguenza, il giusto e l'ingiusto: questo è, infatti, proprio dell'uomo rispetto agli altri animali, di avere, egli solo, la percezione del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto e degli altri valori »: ARISTOTELE, *Politica*, ed. it. a cura di R. Laurenti, Roma-Bari, 1993, 1253a, 9-18.

(64) DWORKIN, *op. cit.*, 287. V. anche C. Edwin BAKER, *Scope of the First Amendment Freedom of Speech*, *UCLA Law Review*, 1978, 966, 990-1040; e ancor prima Carlo Esposito (*op. cit.*, 8-9): « Quando si afferma che la nostra Costituzione garantisce il diritto di manifestazione del pensiero in senso individualistico si intende [...] dire che esso è garantito al singolo come tale indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato [...]; si vuol dire che esso è garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare: i vivi con i vivi ed i morti con i vivi e non per le utilità sociali delle unioni di pensiero ».

(65) Inteso qui nell'accezione, piuttosto banale invero, di diritto (giuridico) di fare una cosa, anche se questa è moralmente sbagliata. Sulla questione, se esista (e quali fondamenti e implicazioni possa avere) un diritto a sbagliare, v., per tutti, WALDRON, *A Right to do Wrong*, in Id., *Liberal Rights*, Cambridge-New York, 1993, 63-87; nonché i saggi raccolti in *Ragion pratica* n. 1 (giugno) del 2005 (e in particolare quelli di Enoch, Harel, Overland, Garzón Valdés, Diciotti, Biondo, Spena, Pino, Gullo).

valori il diritto alla libertà di espressione è ridotto al diritto di dire solo cose (ritenute) giuste, o tutt'al più cose indifferenti. Il che vale quanto dire che, su certi argomenti, non esiste libertà di espressione.

5.1.4.2. Ma la garanzia della libertà di espressione è importante anche dal punto di vista della tenuta democratica di un ordinamento (66). Il che, in realtà, non sta su un piano diverso rispetto all'idea che la libertà di espressione sia essenziale per il rispetto della dignità e dell'autonomia delle persone. Democrazia e individualismo, democrazia e liberalismo politico, invero, non si escludono affatto, ma anzi, in un certo senso, si implicano (67). Quella democratica è una forma di governo basata sull'ideale dell'autodeterminazione, sulla partecipazione dei consociati alla gestione della cosa pubblica. Il che significa bensì partecipazione, per lo più indiretta (e per rappresentanza), all'adozione delle decisioni relative alla gestione della cosa pubblica; ma significa soprattutto partecipazione alla formazione dell'opinione pubblica, e quindi alla discussione e alla critica di quelle decisioni:

democracy serves the principle of self-determination because it subjects the political and social order to public opinion, which is the product of a dialogic communicative exchange open to all. The normative essence of democracy is thus located in the communicative processes necessary to instill a sense of self-determination, and in the subordination of political decision-making to those processes (68).

Democrazia deliberativa, o dialogica, fondata sul principio di maggioranza, e quindi sulla discussione, sulla deliberazione (69): discussione necessaria alla formazione di una maggioranza; discussione della maggioranza con la minoranza. Insomma: « Democracy begins in conversation », per dirla con John Dewey (70).

(66) Cfr., ad es., Cost. 84/1969, in *Giur. cost.*, 1969, 1175.

Cfr. anche MEIKLEJOHN, *What Does the First Amendment Mean?*, in *The University of Chicago Law Review*, 1953; ID., *The First Amendment is an Absolute*, cit. (nonché, sui limiti della concezione di Meiklejohn, SCANLON, *Freedom of Expression and Categories of Expression*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 1979, 529-30, 535). V. anche ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, Roma, 2005, 29 ss.

(67) V. ad es. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), ed. it. a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1994, 293; POST, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, in *William and Mary Law Review*, 1991, 284 (che cita anche un suggestivo passaggio di Jean Piaget: « The essence of democracy resides in its attitude towards law as a product of the collective will, and not as something emanating from a transcendent will or from the authority established by divine right. It is therefore the essence of democracy to replace the unilateral respect of authority by the mutual respect of autonomous will »).

(68) POST, *op. cit.*, 282.

(69) Ampiamente sul punto, da ultimo, WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), ed. it. a cura di A. Pintore, Milano, 2001.

(70) Citato in POST, *op. cit.*, 282. V. anche BETTIOL, *op. cit.*, 5-6: « È [...] il discorso che fa la democrazia ».

Ad un sistema democratico, così concepito, è essenziale: *a*) che i cittadini siano liberi di esprimere le proprie opinioni (anche, seppur non solo) su temi di interesse pubblico, e tra questi sui valori morali sovra-individuali diffusamente condivisi; *b*) che i cittadini siano messi nelle condizioni di poter ricevere, nella maniera più libera e completa possibile, le informazioni e le altrui opinioni (anche, seppur non solo) su temi di interesse pubblico (71).

Partendo da questi assunti, l'incriminazione di un reato d'opinione — che costituisce incriminazione dell'espressione di un'opinione in forza del suo stesso contenuto, e quindi divieto di esprimere una certa idea, o valutazione, a tutela di un'altra idea, dell'integrità concettuale di un ideale, di un valore morale diffusamente condiviso, o di una sensibilità diffusa riguardo ad una siffatta idea — si pone in chiara contrapposizione con i presupposti di una democrazia deliberativa. Questa si fonda, tra l'altro, sul diritto della minoranza di mettere in discussione i valori condivisi dalla maggioranza (e quindi anche di offenderne i sentimenti di alto livello): in questo senso, « la democrazia è massimizzata e arricchita dal conflitto » (72). Dove la minoranza non possa far sentire la sua voce, e quindi attivare un conflitto sui valori condivisi dalla maggioranza, lì il sistema democratico cede a tentazioni autoritarie, e tende a farsi, attraverso la uniformazione del pensiero, tirannia della maggioranza (73).

È essenziale alla tenuta democratica di un ordinamento, in definitiva, che ciascuno possa manifestare il proprio dissenso rispetto a valori morali, anche (o forse soprattutto) se questi sono diffusamente condivisi; e che lo possa fare anche scegliendo maniere espressive di forte impatto emotivo, offese, aggressioni ideali, ai valori oggetto di contestazione: molto spesso, infatti, questo è l'unico modo attraverso cui una minoranza può riuscire effettivamente a far sentire la propria voce, che altrimenti, con tutta probabilità, si perderebbe nel vuoto.

5.1.4.3. Oltre alle ragioni deontologiche, viste sinora, vi è infine una ragione di ordine consequenziale, o di utilità sociale, a rendere conto dell'importanza di una garanzia della libertà di espressione: questa, infatti, è indispensabile all'evoluzione scientifica e morale di una società (74).

(71) Questa seconda circostanza induce qualcuno (ALEXANDER, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge-New York, 2005, 8) a sostenere che in realtà titolare del diritto alla libertà di espressione non è il soggetto che esprime il proprio pensiero, ma la collettività dei relativi destinatari (*the audience*).

(72) SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano, 1993, 61.

(73) V. ad es. KALVEN, *The New York Times Case*, in *The Supreme Court Review*, 1964, 205: « Political freedom ends when government can use its powers and its courts to silence its critics [...] defamation of a government is an impossible notion for a democracy ».

(74) È questo, come noto, un argomento che ha trovato la sua migliore e più classica

Il turbamento delle coscienze, la contestazione, la messa in discussione dell'idea di valori morali diffusamente condivisi, la problematizzazione di ciò che è comunemente accettato come "verità": la produzione di effetti di questo genere rientra nel cuore delle potenzialità della libertà d'espressione. La ragione per cui la libertà d'espressione — oltre a rappresentare un valore in sé — è anche socialmente utile sta proprio in questo: che essa fa sì che nessun dogma scientifico o morale venga imposto. Proprio la messa in discussione degli assunti morali o scientifici condivisi, anzi, consente, da un lato, di "superare" le idee scientifiche o le posizioni morali che si dimostrino errate o inadeguate al vaglio del pubblico dibattito, e, dall'altro lato, di rinsaldare l'adesione a quelle altre "verità" scientifiche e a quegli altri valori morali che superino invece il vaglio della pubblica discussione. La problematizzazione degli assunti e dei valori diffusamente condivisi è importante infatti, non solo nella prospettiva di un "superamento" di questi, ma anche in quella di un loro "mantenimento": essa consente di rivitalizzarne il significato e il fondamento, così evitando che essi si avvizziscano sino a divenire dogmi inerti, luoghi comuni meccanicamente ripetuti, o rispettati in maniera puramente abitudinaria (75).

Il che, a ben vedere, vale a maggior ragione quando ad essere messi in discussione, ad essere turbati, ad essere esposti alla forza di una qualche opinione contraria, sono i valori morali sovra-individuali più importanti e fondanti tra quelli condivisi in una comunità sociale (76): quelli che potremmo chiamare, con Rudolf Smend, i fattori di integrazione di una comunità politica statale (77): l'idea di nazione, il patriottismo, il rispetto per le istituzioni rappresentative, la religione e la religiosità, il rispetto delle leggi.

Con tutto ciò contrasta l'incriminazione di reati di opinione. Il metodo del dibattito pubblico e della circolazione delle idee è anzi « così essenziale per una effettiva comprensione delle questioni morali e umane che, se non esistessero gli oppositori di tutte le verità importanti, sarebbe necessario inventarli, corredandoli degli argomenti più efficaci che il più

esposizione nel saggio *Sulla libertà* di John Stuart Mill: ad essa mi rifaccio nel prosieguo del testo.

(75) « [I]n assenza di dibattito non vengono dimenticati solamente i fondamenti di un'opinione, ma viene dimenticato sovente il significato dell'opinione stessa. Le parole che la esprimono cessano di suggerire idee, o suggeriscono solo una piccola parte di quelle idee che in origine comunicavano. In luogo di un concetto vivido e di una comunicazione viva, rimangono soltanto alcune frasi ritenute meccanicamente; oppure, se rimane qualcosa, è solo l'involucro o il guscio del significato, mentre la sua essenza più pura è andata dissolta »: MILL, *op. cit.*, 135 (trad. it.).

(76) Cfr. DE VERO, *op. cit.*, 111.

(77) SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* (1928), trad. it. di F. Fiore e J. Luther, Milano, 1988, 75 ss., 84 ss.

abile avvocato del diavolo possa concepire » (78). Pertanto, « [s]e ci sono persone che contestano un'opinione accettata, o che la contesterebbero qualora la legge o la pubblica opinione glielo consentissero, ringraziamole per questo, apriamo le nostre menti in modo da ascoltarle e rallegriamoci che qualcuno faccia per noi ciò che altrimenti dovremmo fare da soli con molta più fatica, se avessimo un minimo di considerazione per la certezza o la vitalità delle nostre convinzioni » (79).

5.2. Detto in estrema sintesi:

Expressions of opinions, especially about matters of public policy, but also about matters of empirical fact, and about historical, scientific, theological, philosophical, political, and moral questions, must be presumed to have the highest social importance in virtue of the great social utility of free expression and discussion generally, as well as the vital personal interest most people have in being able to speak their mind fearlessly. (80)

Ne consegue:

a) non solo che le condotte incriminate a titolo di reati d'opinione rappresentano casi che rientrano, in maniera paradigmatica, nella garanzia della libertà di espressione;

b) ma altresì che l'incriminazione di un reato d'opinione — posta a tutela dell'intangibilità concettuale di certi valori morali diffusamente condivisi, o di una sensibilità collettiva rispetto ad essi — finisce per intaccare quell'ambito centrale di applicazione della libertà di espressione, al cui interno si collocano le manifestazioni più essenziali di essa, senza trovare, d'altro lato, una ragionevole giustificazione nella tutela di (e nell'esigenza di prevenire offese significative a) beni costituzionalmente rilevanti.

Punire l'espressione di un'opinione a tutela dell'integrità di un'idea maggioritaria o di una sensibilità collettiva rispetto all'integrità concettuale di un valore morale significa, infatti, non solo restringere la libertà di espressione, ma restringerla in relazione a casi, rispetto ai quali maggiormente si pone l'esigenza della relativa garanzia: è ovvio che questa si apprezzi soprattutto in relazione ad idee di dissenso, minoritarie, la cui espressione è prevedibile possa incontrare ostacoli più forti che non l'espressione di idee diffuse, di opinioni condivise dalla maggioranza, di luoghi comuni. È dunque in contrasto con le ragioni più profonde che stanno

(78) MILL, *op. cit.*, 129 (della trad. it.).

(79) Ivi, 151.

(80) FEINBERG, *Offence to Others*, cit., 44, ma anche 38, 39 (« [T]he offensiveness of the opinion itself is never serious enough to outweigh the heavy public interest in open discussion and free expression of opinion [...]. The standards of personal importance and social utility confer on [the utterance of an opinion, even of an offensive opinion,] an absolute immunity; no amount of offensiveness can enable it to be overridden »).

alla base del riconoscimento della libertà d'espressione ogni norma che vieti l'espressione di un'opinione per il solo fatto che questa sia turbativa di valori morali sovra-individuali, di ideali, o di una sensibilità collettiva rispetto a questi: la capacità delle opinioni di turbare, di mettere in discussione, valori, o di sfidare — e quindi di destabilizzare o, all'opposto, di rinvigorire — la sensibilità collettiva rispetto a valori, che è ciò che induce ad incriminare un reato di opinione, è proprio una delle ragioni che rendono socialmente così importante il riconoscimento di una libertà d'espressione.

5.3. L'incriminazione di un reato d'opinione è dunque in contrasto con l'art. 21 Cost., e con le ragioni sostanziali — individuali e sociali — più profonde che stanno alla base del riconoscimento della libertà d'espressione: non è legittimo punire qualcuno solo perché il messaggio espresso (per il suo contenuto) è turbativo di un valore sovra-individuale o di una sensibilità collettiva ad esso relativa. Una norma incriminatrice è pertanto radicalmente incostituzionale tutte le volte che la ragione dell'incriminazione stia direttamente nel contenuto (offensivo) dell'opinione espressa.

Ciò posto, non mi pare, peraltro, che una soluzione diversa meriti il caso in cui l'opinione turbativa di valore sia espressa in forma di per sé offensiva, irrispettosa, non civile, e finanche non dialogicamente articolata (si pensi allo sputo sulla, o alla distruzione della, bandiera, o al danneggiamento di oggetti di culto, all'uso di una gestualità triviale).

Non manca, invero, chi la pensa diversamente. Si è sostenuto, ad es., che il fatto che in questi casi manchi « una qualsivoglia — sia pur rozza — consistenza e struttura dialogica » della condotta (81) sarebbe decisivo nel senso di escluderla dalla garanzia dell'art. 21 Cost. (la cui lettera non a caso farebbe espresso riferimento a quella manifestazione del pensiero che avvenga “con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”) (82).

A me pare, tuttavia, che così ragionando non si colga il punto: il principio, secondo cui sono illegittime quelle limitazioni penali della libertà d'espressione che siano fondate sul mero fatto dell'espressione dell'idea di

(81) PROSDOCIMI, *op. cit.*, 744.

(82) Analogamente anche FEINBERG, *Offense to Others*, cit., 39, per il quale « [s]omething other than an opinion itself offends when offending conduct does not involve language or symbolism, or when it offends by means of an utterance with no clear propositional content at all (for example, obscene epithets), or when an opinion is expressed but is only incidental to the cause of offense, which is the manner or context of expression. Utterances that give offense in [these] ways may have some value to the person who makes them, and have some weight for that reason, but they derive very little weight from the standard of social utility, and consequently can be rightly restricted by law when the offense they cause is sufficiently serious ».

un contro-valore rispetto ad un valore morale sovra-individuale, si applica tutte le volte che una norma vieti un certo comportamento appunto, e soltanto, perché questo comportamento esprime un contro-valore rispetto a un valore morale sovra-individuale. E ciò vale, quale che sia la concreta configurazione del comportamento vietato: sol che ad un comportamento sia data rilevanza appunto in quanto turbativo di valori, il limite della libertà d'espressione prende consistenza.

Lo sputo sulla bandiera, o la distruzione di essa, ad es., non sono presi in considerazione dall'art. 292 c.p. per i loro profili materiali: dal punto di vista della "aggressione materiale" che esse comportano, queste condotte o sono del tutto irrilevanti, o sono già rilevanti ai sensi di altre norme incriminatrici (danneggiamento, ad es.). Se esse sono incriminate come vilipendio è soltanto perché costituiscono espressione (vilipendiosa, irrispettosa) di un contro-valore, o se si preferisce del rifiuto dei valori morali sovra-individuali materializzati nella bandiera italiana (83): e perché la bandiera, quale oggetto materiale della condotta, è assunta, piuttosto che in forza della propria consistenza materiale, come « the embodiment of a set of ideas » (84). Ed è proprio il fatto che questa, e non altra, sia la ragione per la quale sono penalmente vietate condotte — pur non dialogicamente articolate — come quelle appena esemplificate, a far sì che anche le incriminazioni in questione (quelle che cioè hanno ad oggetto opinioni offensive espresse in forma, in maniera, offensiva), in quanto poste anch'esse a tutela dell'integrità concettuale di valori morali sovra-individuali, siano riconducibili a pieno titolo tra quelle illegittime per contrasto con l'art. 21 Cost.

Diversa questione è se modalità espressive particolarmente ingiuriose od offensive (turpiloquio, gestualità triviale) siano contrarie al buon costume, e come tali non coperte dalla garanzia di cui all'art. 21 Cost. (85) La legittimità di norme incriminatrici di siffatte condotte, a volerla ammettere, dipenderebbe dal fatto che esse siano poste a tutela del buon costume, e non dell'integrità concettuale di valori morali sovra-individuali. Mentre la problematica dei reati di opinione verte sull'interrogativo se sia legittimo punire l'espressione di un'opinione a tutela di un'idea astratta, dell'integrità concettuale di un valore morale sovra-individuale, tutt'altra cosa è chiedersi se sia legittimo punire l'espressione di un'opinione per gli

(83) Cfr. Cass., Sez. I, 29 ottobre 2005, n. 48902, Galli, in *Riv. pen.*, 2004, 175.

(84) ELY, *Flag Desecration*, in *Harvard Law Review*, 1975, 1504. V. anche FIAN-DACA, MUSCO, *op. cit.*, 101; RUGA RIVA, *sub art. 292 c.p.*, in Dolcini, Marinucci, *op. cit.*, 2039.

(85) Sempre che si condivida la tesi secondo cui « nel quadro dell'art. 21 cost. possono ritenersi contrari al buon costume gli atti che, anche se non concernenti l'ambito della sessualità, contrastino con le più elementari regole di decenza e di costumatezza, sì da destare disgusto e disagio nell'osservatore norma, di media sensibilità » [PROSDOCIMI, *op. cit.*, 749].

effetti che essa può avere sulla pubblica decenza. Tale ultima questione esula del tutto dalla tematica dei reati di opinione, ed attiene semmai alla teoria dei reati contro il buon costume.

6. *I reati di opinione come reati di pericolo?* — Naturalmente residua un'altra possibilità interpretativa, con la quale si può tentare di trarre i reati di opinione fuori dal conflitto con l'art. 21 Cost.: affermare che essi non sono affatto reati di opinione; che essi, cioè, non incriminano affatto certe condotte esclusivamente in ragione del contenuto di pensiero che queste esprimono: che, insomma, quelli (o alcuni di quelli) che chiamiamo reati di opinione prendono in considerazione le rispettive condotte illecite, non per il loro contenuto di pensiero, ma per (qualcuno de)i loro effetti nel mondo esterno.

Questa è invero la via battuta dalla Corte costituzionale, allorché, con varie sentenze interpretative, ha ritenuto di rigettare le questioni di costituzionalità sollevate in merito ad alcuni reati di opinione: queste incriminazioni sarebbero poste, non tanto a tutela di valori morali sovra-individuali (patriottismo, sentimento religioso, rispetto delle leggi, stima e prestigio delle istituzioni) — della loro integrità concettuale (l'idea dello Stato), o di una sensibilità collettiva rispetto ad essi —, ma piuttosto di beni ed interessi dotati di ben altra consistenza: i reati di vilipendio politico starebbero, ad es., a prevenire il pericolo di « ingiustificate disobbedienze », che potrebbero derivare dall'espressione di un disprezzo nei confronti dello Stato o di una qualche sua propaggine (86); altre volte viene invece chiamato in causa « il pretesto della sicurezza dello Stato » (87). Una sorte analoga, come già ricordato, è toccata anche alla fattispecie di cui al terzo comma dell'art. 414 c.p., che incrimina l'apologia di delitto. Anche qui la Corte, anziché dichiarare l'incostituzionalità della norma per contrasto con l'art. 21 Cost., ha preferito procedere ad una manipolazione della fattispecie, trasformando l'apologia di reato (che consiste nella semplice esaltazione pubblica di fatti delittuosi) in una istigazione indiretta al delitto: in tal modo, « [d]a un lato essa ha espunto dalla nozione del reato di apologia tutto ciò che potrebbe rientrare nella propaganda “di puro pensiero e di pura opinione” (sentenze nn. 87/1966,

(86) C. cost. 20/1974. Sul punto v. PACE, *La problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, 2ª ed., Padova, 1992, 414: perché si abbia vilipendio, non sarebbe dunque sufficiente *ricusare pubblicamente* « un qualsiasi valore etico o sociale o politico all'entità cui la manifestazione è diretta, sì da negarle ogni prestigio, rispetto, fiducia », ma occorrerebbe altresì che la condotta sia *idonea* ad indurre, chi vi assiste, « al disprezzo delle istituzioni o, addirittura, a ingiustificate disobbedienze »: non sarebbe, dunque, incriminata la mera critica, anche severa, ma quella critica che risulti pericolosa, poiché oggettivamente capace di indurre pubblici disordini o disobbedienze.

(87) Come nota, criticamente, FIORE, *op. cit.*, 19.

84/1969, 16/1973), come la critica a una data legge penale, la propaganda per la sua abrogazione, il giudizio favorevole sui motivi che hanno spinto una persona a violare una data legge (sent. n. 65/1970); dall'altro la Corte ha accostato il più possibile il reato di apologia al reato di istigazione, ritenendo conseguentemente punibile solo chi, blandendo o glorificando l'autore di un determinato delitto, ponga in essere un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti (sent. n. 65/1970) » (88).

Questa lettura, tuttavia, espone la categoria dei reati d'opinione a problemi di offensività non meno gravi di quelli analizzati in precedenza: anche ad ammettere che questi altri siano i beni tutelati dalle fattispecie incriminatrici di reati d'opinione, è di tutta evidenza che le condotte incriminate sono, di per sé sole, assolutamente prive di una reale capacità offensiva, finanche in termini di pericolosità, nei loro confronti (89).

L'interprete viene dunque posto di fronte a un bivio.

Riconfigurare, per via interpretativa, le fattispecie dei reati di opinione in termini di reati di pericolo concreto implicito (90); il che, però, nella sostanza condanna queste figure ad una totale inutilità (a questo prezzo, ben più coerente sarebbe dichiararle illegittime per contrasto con l'art. 21 Cost., ed espungerle senz'altro dal sistema): è estremamente inverosimile, ad es., che una isolata condotta di vilipendio, in condizioni di normalità della vita civile dello Stato, possa addirittura comportare pericoli per la sicurezza dello Stato, o per la sua tenuta democratica (91); ed anche l'apologia di delitto, una volta che la si concepisca alla stregua di

(88) PACE, *op. cit.*, 417.

(89) L'apologia di delitto, ad es., di per se sola, « non può esprimere altra pericolosità [...] che la generica potenzialità criminogena affidata alla mera forza di penetrazione nelle coscienze del pensiero 'perverso' manifestato » (così DE VERO, *op. cit.*, 232). Analogamente, un atto di vilipendio, in quanto tale, non contiene in sé alcun pericolo di ingiustificate disobbedienze, o di tenuta dell'ordine democratico.

(90) Reati, cioè, nella fattispecie dei quali non è espressamente previsto alcun pericolo concreto, e che tuttavia, in forza di una interpretazione costituzionalmente orientata, dovrebbero considerarsi punibili solo a condizione che dalla condotta tipica un certo tipo di pericolo (ad es., un pericolo di disobbedienze ingiustificate, o un pericolo per la sicurezza dello Stato, ecc.) effettivamente consegua. Per l'espressa applicazione di un ragionamento di questo genere, v. ad es. Uff. Ind. Prel. Trib. Milano, 25 maggio 2001, Gallo, in *Giur. merito*, 2002, 793. Per l'interpretazione di almeno alcuni reati di opinione (come ad es. quelli di vilipendio politico) alla stregua di reati di pericolo concreto, v. in dottrina BOGNETTI, *Vilipendio del governo e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 959; PALMIERI, *op. cit.*, 759.

(91) Si consideri, peraltro, che, una volta configurati la (in)sicurezza dello Stato, o il pericolo di ingiustificate disobbedienze, quali eventi di pericolo impliciti in qualcuna delle fattispecie di vilipendio politico, il verificarsi di tali eventi diviene per ciò stesso oggetto del dolo: con la conseguenza che, ai fini dell'applicazione delle fattispecie in questione, diviene necessario provare che il soggetto abbia voluto, almeno a titolo di dolo eventuale, l'evento di pericolo implicitamente (o meglio: surrettiziamente) introdotto nella fattispecie.

una istigazione indiretta a delinquere, rischia di apparire del tutto inutile, se è vero che l'istigazione indiretta sarebbe già punibile, e con le stesse pene, in base al primo comma dell'art. 414 c.p. (92).

La via alternativa sarebbe quella del pericolo astratto. A seguirla, però, si corre il rischio, in un certo senso opposto, di una eccessiva anticipazione della tutela penale, e, più in particolare, di credere che le condotte dei reati di opinione siano incriminate in forza di una mera presunzione di pericolo da parte del legislatore. Il che è in effetti accaduto tutte le volte che la giurisprudenza ha finito per presumere la pericolosità ad es. di una condotta di apologia di delitto, o di propaganda sovversiva o antinazionale, ritenendola implicita nel giudizio circa la sua formale sussumibilità nella fattispecie di un reato di opinione (93). Così intesi i reati d'opinione, la categoria finisce per entrare in conflitto con altri principi di riconosciuta dignità costituzionale, quali quelli di oggettività e offensività del reato.

7. *Meriti e limiti della riforma dei reati di opinione* — Se questa è, nelle sue linee essenziali, la cifra problematica complessivamente riconoscibile nella categoria dei reati d'opinione, non rimane che vedere come la recente riforma si rapporti ad essa.

La novella 85/06 (94), in effetti, interviene su tutti e tre i profili problematici sin qui esposti: l'ispirazione di fondo sembra dunque condivisibile; gli esiti dell'intervento tuttavia, come cercherò di mostrare, sono per più versi contraddittori e insoddisfacenti. Se ne ricava l'impressione complessiva di un'incompiuta, di una riforma che poteva essere fatta meglio e spinta oltre. Vediamo perché.

7.1. Un primo profilo sul quale la l. 85/06 ha inteso incidere è quello della determinatezza delle fattispecie dei reati d'opinione, almeno nella parte in cui ha cercato di precisare, di delimitare meglio, la portata offensiva di alcune delle fattispecie in questione.

L'intento sembra emergere chiaramente, ad es., nella riformulazione del art. 292 c.p. (Vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato):

(92) Non è un caso che spesso la giurisprudenza sembri quasi assimilare le due figure. V. ad es. Cass., Sez. I, 17 novembre 1997, n. 11578, Gizzo, cit., oppure Cass., Sez. I, 27 settembre 1991, Mazzucchelli, in *Giust. pen.*, 1992, II, 321.

(93) V. ad es. Cass., 11 aprile 1986, Alloro, in *Riv. pen.*, 1987, 311; Trib. Teramo, 27 giugno 1985, Beltramba, in *Giur. merito*, 1987, 457 (con nota di Cerqua); Cass., 10 marzo 1981, Meneghini, in *Foro it.*, 1981, II, 508. Ulteriori riferimenti in FIORE, *op. cit.*, 54, 74.

(94) Per un primo, autorevole, commento v. PADOVANI, *Un intervento normativo sordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto* n. 14/2006, 23 ss. V. anche PASCARELLI, *La riforma dei reati d'opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *Ind. pen.*, 2006, 697 ss.

laddove dapprima era genericamente incriminato il fatto di vilipendere la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato, oggi la disposizione cerca di precisare più accuratamente la condotta incriminata.

A tal fine si è scelto di scindere quello che prima era un unico reato in due fattispecie diverse (95): il primo comma della disposizione incrimina il fatto di vilipendere con espressioni ingiuriose la bandiera nazionale o altro emblema dello Stato; al secondo comma, invece, è ora espressamente incriminata la condotta di “chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibile o imbratta la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato”. La distinzione sembra voler ripetere elaborazioni già da tempo note in dottrina. Lo fa, però, in maniera del tutto inadeguata.

La locuzione “espressioni ingiuriose” (che si ritrova, peraltro, anche nel nuovo art. 299 c.p.) sembrerebbe, ad es., riferirsi alle espressioni verbali, linguistiche, orali o scritte che siano. Se così fosse, tuttavia, vista anche la nuova configurazione del secondo comma dell’articolo, finirebbero per rimanere fuori dall’incriminazione del vilipendio alla bandiera condotte potenzialmente ben più irriguardose di un’ingiuria verbale: uno sputo sulla bandiera (96), un gesto sconcio o un suono oltraggioso rivolti alla bandiera, una raffigurazione vilipendiosa della bandiera. Se si vuole estendere la tutela penale anche a queste ipotesi, bisogna dunque ritenere che la locuzione “espressioni ingiuriose”, anziché richiedere che la condotta vilipendiosa assuma una forma linguisticamente articolata, si riferisca esclusivamente all’esigenza che essa, quale che sia la sua forma (e salvo il caso di cui al secondo comma, che parrebbe in sostanza costituire un’ipotesi speciale rispetto a quella di cui al primo comma), abbia un significato ingiurioso nei confronti del suo oggetto, costituisca cioè “espressione” di disprezzo.

Con questa interpretazione estensiva (97), però, la locuzione risulterebbe sostanzialmente ridondante (limitandosi a ripetere quanto già implicito nel concetto del “vilipendere”), e quindi evidentemente incapace di garantire una maggiore determinatezza della fattispecie rispetto al passato (98).

(95) Sul punto, v. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 26-7; RUGA RIVA, *op. ult. cit.*, 2043; SPENA, *Il vilipendio politico nel passato, nel presente, e nel futuro del diritto penale italiano*, in corso di pubblicazione.

(96) Sempre che non si voglia sostenere che sputarci sopra costituisca un modo per imbrattare una bandiera o un altro emblema dello Stato: nel qual caso la condotta sarebbe fatta rientrare nel secondo comma dell’art. 292 c.p..

(97) Che si ritrova, ad es., in RUGA RIVA, *sub art. 292 c.p.*, cit., 2040, per il quale « l’autonomia della formula “vilipende con espressioni ingiuriose”, rispetto all’originaria “vilipende”, si risolve solamente nella sicura esclusione del vilipendio mediante omissione ..., probabilmente già da escludersi in base all’originaria versione dell’art. 292 ».

(98) La riformulazione dell’art. 292 c.p., da questo punto di vista, finirebbe per

Una strategia interpretativa capace di garantire alla nuova fattispecie un contributo di “innovazione”, e contestualmente una maggiore determinatezza, potrebbe allora consistere nel riferire la locuzione “espressioni ingiuriose” alla necessità che la manifestazione di disprezzo avvenga mediante espressioni già di per sé offensive. In questo senso, potrebbe sostenersi che la modifica accolga il punto di vista di quegli autori per i quali, se l’offensività del contenuto di un’opinione non può mai giustificare una limitazione penale della libertà di espressione, l’incriminazione dell’espressione di un’opinione potrebbe invece essere giustificata dall’offensività della forma da questa assunta (99).

La riforma avrebbe dunque l’effetto di limitare l’ambito applicativo della fattispecie di vilipendio alla bandiera (nazionale o estera) a quelle sole ipotesi nelle quali la manifestazione di disprezzo verso la bandiera si avvalga di espressioni già di per sé offensive (uso del turpiloquio, o di formule linguistiche particolarmente volgari).

Difficile, invece, che una maggiore determinatezza della fattispecie possa farsi discendere dalla configurazione assunta dal nuovo secondo comma dell’art. 292 c.p.: se non altro perché questo prevede in sostanza tutte le forme possibili di vilipendio materiale, e lo fa mediante l’impiego di termini (“distrugge, disperde, deteriora, rende inservibile o imbratta”) che si prestano ad interpretazioni particolarmente ampie e comprensive.

Una ristrutturazione analoga a quella subita dall’art. 292 c.p. ha riguardato anche l’art. 404 c.p. (100). La nuova formulazione del secondo comma dell’art. 404 c.p., relativo al danneggiamento vilipendioso di cose di culto, pone peraltro evidenti problemi di coordinamento con l’art. 635, comma secondo, n. 3, c.p., che prevede che la pena per il danneggiamento sia aggravata nel caso in cui il fatto sia commesso, tra l’altro, “su edifici ... destinati ... all’esercizio di un culto” o (per effetto del rinvio al n. 7 dell’art. 625 c.p.) “su cose esposte ... per destinazione alla pubblica fede”.

avere effetti solo sul piano sanzionatorio: ed in particolare, come ancora vedremo, quello di sottoporre alcune forme specifiche di vilipendio (quelle di cui al secondo comma) ad una disciplina più severa rispetto alle altre. Per il resto, rimarrebbe il rischio che qualunque condotta, sol che vi si possa leggere l’espressione di un disprezzo verso la bandiera, possa qualificarsi come vilipendio di essa, e quindi punibili ai sensi del primo comma dell’art. 292.

(99) FEINBERG, *Offense to Others*, cit., 39; PROSDOCIMI, *op. cit.*, 744.

(100) Il nuovo testo della disposizione così recita: “*Offese a una confessione religiosa mediante vilipendio o danneggiamento di cose.* Chiunque, in un luogo destinato al culto, o in luogo pubblico o aperto al pubblico, offendendo una confessione religiosa, vilipende con espressioni ingiuriose cose che formino oggetto di culto, o siano consacrate al culto, o siano destinate necessariamente all’esercizio del culto, ovvero commette il fatto in occasione di funzioni religiose, compiute in luogo privato da un ministro del culto, è punito con la multa da euro 1.000 a euro 5.000

Chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibili o imbratta cose che formino oggetto di culto o siano consacrate al culto o siano destinate necessariamente all’esercizio del culto è punito con la reclusione fino a due anni”.

Una lettura possibile del rispettivo ambito applicativo delle due disposizioni può essere questa: l'art. 404, secondo comma, c.p. si applicherà, anche qualora ad essere danneggiata sia qualcuna delle "cose" indicate dal n. 3 del secondo comma dell'art. 635 c.p., tutte le volte in cui il fatto sia commesso con intenzione vilipendiosa: ossia, qualora sia prevalente, nella condotta, l'espressione di un significato spregiativo per i valori della sensibilità religiosa materializzati nella cosa danneggiata. Negli altri casi, si applicherà invece il secondo comma dell'art. 635 c.p..

Questa precisazione permette peraltro di attribuire all'elemento soggettivo intenzionale espressamente richiesto dal nuovo secondo comma dell'art. 404 c.p. una dimensione diversa da quella che apparentemente gli si potrebbe attribuire: non già risolverlo, come la lettera della disposizione sembrerebbe indicare, nella mera intenzione di distruggere, disperdere, deteriorare, rendere inservibile o imbrattare la cosa; ma riconoscere piuttosto all'elemento in questione una pregnanza significativa ulteriore, richiedendo, ai fini della tipicità della condotta, una precisa intenzione di vilipendere pubblicamente una confessione religiosa (di manifestare spregio nei riguardi di questa), distruggendo ecc. una cosa oggetto di culto ecc. In tal modo, si potrebbero escludere dall'oggetto del divieto tutte le condotte di danneggiamento, in cui il vilipendio della confessione religiosa costituisca oggetto di un dolo indiretto o eventuale, e quindi poste in essere, non allo scopo di vilipendere, ma a tutt'altro scopo (per ripicca contro il proprietario, per nascondere la prova del precedente furto della cosa, ecc.).

Questa stessa interpretazione potrebbe, inoltre, ripetersi anche rispetto alla analoga fattispecie contenuta nel (nuovo) secondo comma dell'art. 292 c.p., la quale — come il secondo comma dell'art. 404 c.p. — richiede che la condotta di danneggiamento vilipendioso sia posta in essere "(pubblicamente e) intenzionalmente".

Stupisce, in ogni caso, che gli stessi tentativi (pur poco riusciti) di precisare i contenuti della condotta di vilipendio penalmente rilevante non siano stati effettuati anche in relazione ad altre figure di reato, come quella di cui all'art. 290, primo e secondo comma, c.p. (Vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate), o quella di cui all'art. 291 c.p. (Vilipendio alla nazione italiana), le cui fattispecie sono rimaste intatte, e la descrizione della cui condotta illecita continua quindi ad esaurirsi nel fatto di "pubblicamente vilipendere". Così come stupisce il fatto che, nel riscrivere la condotta di vilipendio della bandiera con espressioni ingiuriose (di cui al primo comma dell'art. 292), si sia ommesso di richiedere — come avviene invece in tutte le altre ipotesi di vilipendio politico — che la condotta abbia luogo "pubblicamente" (101).

(101) Nota l'irragionevolezza della scelta PADOVANI, *op. ult. cit.*, 26. Meno critico sembra invece il giudizio di RUGA RIVA, *op. ult. cit.*, 2041.

Un ultimo intervento, che sembrerebbe animato dall'intento di precisare la dimensione offensiva del fatto incriminato, e quindi di rendere più determinata la fattispecie, è infine quello che ha riguardato l'art. 3, primo comma, l. 654/75: la novella ha sostituito le precedenti locuzioni "chi diffonde in qualsiasi modo idee" e "incita" rispettivamente con "chi propaganda idee" e "istiga" (102). Non è chiaro, tuttavia, in che termini le nuove locuzioni siano più determinate di quelle usate in precedenza.

7.2. L'intervento di portata più generale, tra quelli contenuti nella riforma, è comunque quello relativo alla comminatoria edittale delle pene: la riforma opera un generalizzato, e spesso consistente, ritocco al ribasso delle sanzioni previste per quei reati d'opinione che le sono sopravvissuti (che cioè non siano stati aboliti dalla stessa).

Il ritocco è avvenuto essenzialmente in tre direzioni:

i) in alcuni casi, la pena è rimasta dello stesso tipo e specie (reclusione), ma ne è stato ridotto il quantum edittale. Ciò è accaduto, tra i delitti previsti nel codice, in due casi: ed è significativo che si tratti di casi, sui quali la riforma ha operato anche altri tipi di interpolazioni parallele, relativamente alla struttura delle fattispecie.

(102) La nuova formulazione dell'art. 3, primo comma, della l. 654/75 così recita, in particolare: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell'attuazione dell'art. 4 della convenzione [di New York del 1966], è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi."

Un d.d.l. governativo, presentato il 25.1.2007, propone un'ulteriore riformulazione della disposizione (che, per certi aspetti, si risolverebbe in una mera restaurazione della formulazione precedente). Vi si prevede, in particolare, che la condotta di cui alla lettera a) torni ad essere descritta come "diffusione", anziché come "propaganda", di idee, o come "incitamento", anziché come "istigazione", alla commissione di atti di discriminazione; in più, rispetto al passato, verrebbe punito anche l'incitamento a commettere atti di discriminazione "per motivi ... fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere". L'estensione della forbice edittale, inoltre, verrebbe raddoppiata, passando dall'attuale reclusione "fino a un anno e sei mesi" alla reclusione "fino a tre anni". La condotta illecita incriminata *sub lett. b)*, tornerebbe, poi, a consistere, oltre che nel commettere violenza per motivi discriminatori, anche nell'"incitare", anziché nell'"istigare", altri a commetterla; tra i motivi discriminatori a tal fine rilevanti troverebbero posto, infine, anche quelli "fondati sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere".

Sorvolando sul merito della proposta, quel che colpisce in essa è soprattutto l'anelito, che vi aleggia, ad estendere ed inasprire, anziché a sopprimere o contenere, l'area di rilevanza penale della semplice espressione di opinioni. Si tratta di un atteggiamento politico-criminale (per vero, variamente diffuso in tutta Europa) che non può non indispettire, e che — se non altro in via cautelativa — induce ad auspicare che il disegno presentato non giunga a convertirsi in legge. Il nostro diritto penale avrebbe bisogno di ben altro ripensamento del sistema dei reati di opinione!

L'art. 292 c.p., prima della riforma, puniva in maniera indifferenziata ogni condotta di vilipendio della bandiera nazionale con la reclusione da uno a tre anni. Il nuovo testo dell'art. 292, che come detto distingue tra vilipendio "con espressioni ingiuriose" (primo comma) e danneggiamento vilipendioso (secondo comma: definito in rubrica come danneggiamento della bandiera), punisce solo questa seconda ipotesi con la pena della reclusione fino a due anni (mentre, come ancora vedremo, l'ipotesi di cui al primo comma è punita con la sola multa).

Un'evoluzione del tutto analoga ha subito, anche da questo punto di vista, la fattispecie di cui all'art. 404 c.p.: la norma, nella sua precedente formulazione, puniva in maniera indifferenziata ogni offesa a (quella che era qualificata) la religione di Stato, perpetrata mediante vilipendio di cose, con la reclusione da uno a tre anni. Nella nuova versione — oltre al fatto che la locuzione "religione di Stato" è sostituita dalla più generica e politicamente corretta locuzione "una confessione religiosa" — la norma, analogamente a quanto visto per l'art. 292, distingue la fattispecie di offesa a una confessione religiosa in due sotto-fattispecie, a seconda che l'offesa sia perpetrata mediante ingiuria vilipendiosa (primo comma) o mediante danneggiamento vilipendioso (secondo comma) di cose; e mentre punisce questa seconda ipotesi con la reclusione fino a due anni, nel primo caso prevede la sola pena della multa.

È interessante notare, peraltro, come in entrambi i casi, la pena prevista per le ipotesi di danneggiamento vilipendioso sia più grave di quella prevista per le rispettive ipotesi di vilipendio mediante espressioni ingiuriose (oggi punite con sola pena pecuniaria). La sola ragione in grado di giustificare questo diverso trattamento mi sembra risiedere nell'idea che le ipotesi del primo tipo siano, a differenza delle altre, ipotesi plurioffensive, lesive cioè tanto del valore morale materializzato nella bandiera o nella cosa oggetto di culto o consacrata al culto, quanto del loro valore patrimoniale. Si tratterebbe, insomma, di un'ipotesi di reato plurioffensivo, nella quale il danneggiamento della cosa si somma all'offesa del valore morale in essa incarnato.

Questa ricostruzione, tuttavia, non spiega in alcun modo il caso, in cui la cosa oggetto della condotta di vilipendio (ad es. la bandiera bruciata) sia di proprietà dell'agente: qui evidentemente non avrebbe senso parlare di un'offesa patrimonialmente rilevante.

Essa, inoltre, parrebbe rendere contraddittori gli esiti della modificazione subita da un'altra disposizione, quella di cui all'art. 299 c.p., che puniva e punisce il vilipendio della bandiera (o di altro emblema) di uno Stato estero. La fattispecie, prima della riforma, era sostanzialmente analoga a quella di cui all'art. 292: entrambe le norme punivano condotte di vilipendio della bandiera, senza peraltro differenziare tra vilipendio verbale e vilipendio materiale, e comminavano pene dall'ammontare sostan-

zialmente corrispondente (da uno a tre anni di reclusione, l'art. 292; da sei mesi a tre anni di reclusione, l'art. 299).

La riforma rompe l'equilibrio tra le due figure: l'art. 299 punisce solo il vilipendio verbale della bandiera estera, e lo punisce con una pena (pecuniaria) molto più blanda di quella prevista per il vilipendio verbale della bandiera nazionale (103).

Non intendo certo discutere il fatto in sé che l'equilibrio tra le due ipotesi criminose sia stato rotto. Il problema, semmai, è un altro. Da un punto di vista politico-criminale, infatti, appare del tutto irragionevole la scelta di punire la sola ingiuria vilipendiosa di bandiera estera, dal momento che, tanto nel nuovo art. 292 quanto nel nuovo 404 c.p., il vilipendio tramite danneggiamento è considerato più grave di quello mediante espressioni ingiuriose (104).

Fuori dal codice, una riduzione meramente quantitativa della pena comminata si è avuta pure nel caso della propaganda razzista, punita, unitamente all'istigazione al razzismo, all'art. 3, primo comma, della legge 654/75: la norma, prima della novella, comminava una pena della reclusione fino a tre anni, mentre nella nuova formulazione commina la pena della reclusione fino ad un anno e sei mesi, o in alternativa quella della multa fino a seimila euro.

ii) In quasi tutti gli altri casi, la modificazione della comminatoria edittale di pena ha comportato il passaggio a pene di specie diversa rispetto a quelle precedentemente minacciate: nella gran parte delle ipotesi delittuose rimaste vigenti si è, cioè, passati dalla minaccia della sola reclusione alla minaccia della sola multa.

Questo è accaduto, ad es., nelle ipotesi di vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate (art. 290, primo e secondo comma, c.p.); di vilipendio alla nazione italiana (art. 291 c.p.); di vilipendio mediante espressioni ingiuriose della bandiera nazionale (art.

(103) “*Offesa alla bandiera o ad altro emblema di uno Stato estero.* Chiunque nel territorio dello Stato vilipende, con espressioni ingiuriose, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, la bandiera ufficiale o altro emblema di uno Stato estero, usati in conformità del diritto interno dello Stato italiano, è punito con l'ammenda da euro 100 a euro 1.000”.

(104) Una possibile spiegazione di questa scelta probabilmente sta in ciò che si è detto in precedenza: il legislatore della riforma, allorché ha descritto la condotta di vilipendio come il fatto di vilipendere “con espressioni ingiuriose”, non sembrerebbe aver voluto limitare la propria attenzione alle sole condotte linguisticamente formulate; la locuzione “espressioni ingiuriose” ha, verosimilmente, una portata più ampia, comprensiva di qualsiasi “espressione” di disprezzo, tale da ricomprendere, dunque, anche quelle espressioni di disprezzo riconoscibili in una condotta materiale, come il danneggiamento di una cosa. Dall'accoglimento di questa interpretazione discenderebbe che la reale differenza tra l'ipotesi di cui all'art. 292 e quella di cui all'art. 299 sta, non già nel fatto che solo la prima punisca il danneggiamento o l'imbrattamento vilipendioso, ma esclusivamente nel fatto che la prima, a differenza della seconda, punisce queste forme reali di vilipendio in maniera più grave delle altre.

292, primo comma, c.p.); e di offesa a una confessione religiosa mediante vilipendio di cose con espressioni ingiuriose (art. 404, primo comma, c.p.); nell'ipotesi di oltraggio a un corpo politico, amministrativo o giudiziario, di cui all'art. 342 c.p., che peraltro è stato modificato solo sul piano della comminatoria edittale e non nella fattispecie; nell'ipotesi di oltraggio a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone (art. 403 c.p.).

In connessione con questo tipo di intervento novellistico è stato inoltre introdotto un nuovo terzo comma dell'art. 2 c.p., a tenore del quale "Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 135 c.p.". La disposizione, peraltro, è mal collocata, e soprattutto è mal formulata. Essa riguarda la tematica della cosiddetta successione meramente modificatrice di norme incriminatrici, che è disciplinata, in linea generale da (quello che prima era il terzo, e ora è) il quarto comma dell'art. 2 c.p.; per logica, avrebbe dunque dovuto seguire, anziché precedere, quest'ultima disposizione, rispetto alla quale sembra voler introdurre un'eccezione. In realtà, però, dal testo non si evince chiaramente il vero contenuto innovativo della nuova norma: essa costituirebbe un superamento della precedente disciplina solo se introducesse un'eccezione alla regola della invalicabilità del giudicato, sancita dal (vecchio terzo e) nuovo quarto comma dell'art. 2 c.p. rispetto a tutte le ipotesi di successione meramente modificatrice. Come noto, infatti, quest'ultimo sancisce che l'applicazione della norma più favorevole non travolge il giudicato, che si sia già formato al momento della successione: il nuovo terzo comma avrebbe un contenuto innovativo rispetto a questa disciplina solo se sancisse un'eccezione alla regola ricordata, stabilendo che il giudicato possa invece essere travolto, tutte le volte che la nuova disciplina più favorevole punisca il fatto con la sola pena pecuniaria. Sennonché, dal testo della nuova disposizione non si evince alcun riferimento alle sorti del giudicato: e senza questo riferimento, la norma rischia di non aggiungere nulla al sistema preesistente.

iii) Un discorso a parte richiede il già citato art. 299 c.p., relativo al vilipendio di bandiera estera. Oltre alle ragioni di ambiguità politico-criminale più sopra indicate, esso appare affetto anche da un evidente vizio di collocazione sistematica, venuto a determinarsi proprio in conseguenza della modifica nella comminatoria di pena: il legislatore della riforma ha optato, non solo per il passaggio ad una pena di specie diversa — pecuniaria, e non più detentiva —, ma anche, di fatto, per una modificazione della natura della fattispecie incriminata. La pena pecuniaria comminata nella nuova versione della disposizione è infatti quella dell'ammenda (da cento a mille euro): il che ha determinato la trasformazione del reato da

delitto in contravvenzione; con la conseguenza — quantomeno curiosa dal punto di vista della collocazione sistematica — che oggi, tra “delitti in particolare” (cui è dedicato l’intero libro secondo del codice penale) è punita una contravvenzione.

7.3. La novella del febbraio ultimo scorso sembra infine aver voluto affrontare anche i (alcuni dei) problemi di offensività che attraversano la categoria dei reati d’opinione.

L’intervento più drastico da questo punto di vista è certamente costituito nella abrogazione espressa di alcune disposizioni incriminatrici, con conseguente abolizione della relativa incriminazione.

Questa è la sorte (meritatamente) toccata a fattispecie come quella di Attività antinazionale del cittadino all’estero (art. 269 c.p.), di Propaganda e apologia sovversiva o antinazionale (art. 272 c.p.), di Lesa prerogativa della irresponsabilità del presidente della Repubblica (art. 279 c.p.), oltre che ad alcune circostanze aggravanti (come quelle di cui agli artt. 292-*bis* e 293 c.p.).

Questa dell’abolizione delle incriminazioni di reati d’opinione sarebbe, in effetti, la soluzione più coerente con gli argomenti di principio tracciati più sopra, e con l’assunto, che ho cercato di dimostrare, che la categoria dei reati d’opinione è — a seconda di quale sia il bene da ritenersi tutelato — insanabilmente in conflitto ora con l’art. 21 Cost. ora con i principi di necessaria materialità e offensività del reato.

Il legislatore ha scelto invece una via diversa. Quella cioè di mantenere l’intero sistema dei reati di vilipendio, e più in generale dei cosiddetti reati d’offesa, abrogando esclusivamente fattispecie incentrate su condotte, per così dire, meno direttamente irriguardose nei confronti di valori morali, spirituali, ideali, sovra-individuali.

Rimangono, dunque, nel nostro sistema penale, sia pur portatrici di forbici edittali più blande, tutte le fattispecie incriminatrici di condotte di vilipendio politico e di vilipendio religioso.

La riforma inoltre ignora del tutto l’apologia di delitto, di cui al terzo comma dell’art. 414 c.p.: il che è già di per sé criticabile, poiché l’apologia di delitto costituisce anzi uno dei reati d’opinione più problematici da un punto di vista teorico e della sua compatibilità, da un lato, con la libertà d’espressione e, dall’altro, con i principi di materialità e offensività del reato.

Questa circostanza — che la riforma non abbia in alcun modo riguardato l’apologia di delitto — rischia inoltre di vanificare altre parti dell’intervento legislativo, che pure sembrano caratterizzarsi per una qualche sensibilità rispetto ai problemi di offensività della categoria dei reati d’opinione. Il permanere, nella sua originaria integrità, della fattispecie di apologia di delitto, punita con la reclusione da uno a cinque anni, rischia tra l’altro di rendere inutile l’abrogazione dell’art. 272 c.p., nei limiti in

cui è ragionevole pensare che un'attività di propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale, consistendo nella propaganda ed apologia di attività violente, ben difficilmente potrà non passare attraverso l'apologia di un qualche delitto.

Inoltre, per quanto non si tratti propriamente di un reato d'opinione, il legislatore avrebbe tranquillamente potuto procedere ad abrogare la contravvenzione di cui all'art. 656 c.p., che incrimina una condotta analoga a quella prevista dall'art. 269 c.p. (che è stato invece abrogato), ossia la pubblicazione o diffusione di notizie, false, esagerate o tendenziose, atte, però, non a ledere il prestigio dello Stato all'estero, ma a turbare l'ordine pubblico: fattispecie, questa, ancor più odiosa e sospetta di incostituzionalità, se si pensa che, trattandosi di contravvenzione, non richiede il dolo, ed è quindi punibile anche a titolo di colpa.

Certamente da abolire sarebbe stato, infine, il delitto di Propaganda di idee fondate sulla superiorità della razza o sull'odio razziale o etnico, di cui alla prima parte del primo comma dell'art. 3 della legge 654/75: reato d'opinione allo stato puro, che di per sé nulla ha a che fare né con un'ingiuria o una diffamazione per motivi razziali (già punibili ai sensi del combinato disposto degli artt. 594 e 595 c.p., da un lato, e dell'art. 3 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, dall'altro), né con una istigazione alla commissione d'atti di discriminazione razziale (che è invece appositamente contemplata in altra parte dello stesso comma).

7.4. Molto di più avrebbe dunque potuto, e dovuto, fare la Legge 85/06 in materia di reati di opinione: e quel che ha fatto, avrebbe potuto farlo meglio.

Apprezzabile per le drastiche riduzioni di pena, la riforma rimane invece, nel suo complesso, ampiamente insoddisfacente. Le riformulazioni delle fattispecie da essa operate risultano poco incisive e incapaci di assicurarne una maggiore determinatezza: tanto più che esse non hanno riguardato tutte le fattispecie per le quali un problema di questo genere si pone.

D'altra parte, resta integralmente in piedi il sistema dei delitti di vilipendio, sia politico che religioso; rimangono intatte fattispecie come quella di apologia di delitto e quella di propaganda razzista.

La novella 85/06, in definitiva, non è riuscita a mettersi alle spalle la repressione penale del dissenso politico, religioso, culturale, sociale. De iure condendo, dunque, è da auspicare un ulteriore, e meglio ponderato, intervento riformatore che finalmente faccia giustizia dell'intera categoria dei reati di opinione (105). De iure condito, invece, non rimane che affidarsi alla scriminante dell'art. 51 c.p., nella parte in cui stabilisce che la

(105) Per alcuni spunti in prospettiva di riforma, rinvio, chi lo volesse, a SPENA, *Il vilipendio politico*, cit.

punibilità sia esclusa quando il fatto costituisca esercizio di un diritto. L'istituto, infatti, quando è chiamato ad operare nei rapporti tra diritti costituzionali e incriminazioni, è funzionale proprio a far sì che, nell'attesa di una soluzione del conflitto a mezzo di intervento legislativo o declaratoria di illegittimità costituzionale, questo possa comunque essere evitato in modo tale che, già per mano del giudice ordinario, il diritto di agire trovi piena e diretta applicazione (106). E poiché — come ho cercato di mostrare — i reati di opinione incriminano altrettante forme di esercizio del diritto di liberamente manifestare il proprio pensiero, una adeguata applicazione dell'art. 51 c.p. dovrebbe portare alla conclusione che chi ne realizza uno non sia punibile, avendo esercitato un diritto costituzionalmente riconosciuto.

Si tratta di una soluzione ovviamente provvisoria: che permette al diritto di realizzarsi nella sua pienezza fintantoché la norma incriminatrice non sia dichiarata incostituzionale o abrogata o adeguatamente riformulata. L'applicabilità dell'art. 51 c.p., dunque, non toglie affatto la necessità di un più complessivo ripensamento legislativo della tematica dei reati di opinione. Pur tuttavia, nell'attesa (prevedibilmente lunga) di un tale ulteriore ripensamento, la soluzione via art. 51 c.p. è l'unica in grado di assicurare che la perdurante presenza di reati di opinione nel nostro sistema penale non pregiudichi in maniera insostenibile il diritto fondamentale alla libertà di espressione.

ALESSANDRO SPENA
*Associato di Diritto penale
nell'Università di Palermo*

(106) Sull'esercizio di un diritto, di cui all'art. 51 c.p., quale istituto capace di far sì che siano evitati conflitti tra norme incriminatrici e diritti costituzionali, rinvio chi lo voglia a SPENA, *Diritti e giustificazioni*, ed. provvisoria, Palermo, 2005, cap. II. Osservazioni analoghe, sotto questo profilo, si trovano già in LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983.