



Gianluca Ruggiero

(professore associato di Diritto penale nell'Università del Piemonte Orientale,
Dipartimento per lo sviluppo sostenibile e la transizione ecologica)

Dal discorso di odio al crimine d'odio. Un bilanciamento difficile *

*From hate speech to hate crime. A difficult balancing act **

ABSTRACT: The work reconstructs the transition from hate speech to hate crime, through a reconstruction of comparative and supranational law, highlighting the difficult balancing of interests that underlies it with the related problems of the taxability and determinacy of the incriminating case.

SOMMARIO: 1. Un breve chiarimento terminologico - 2. Bilanciamento e "legalità": compatibilità e conflitti - 3. Libertà di espressione e meritevolezza di pena del discorso di odio - 4. Problemi di tassatività e di determinatezza del discorso di odio - 5. Uso e abuso del ricorso al bilanciamento. Alcuni casi scelti - 6. La crisi del bilanciamento: la nascita dei "super-diritti" e il ricorso al principio di proporzionalità.

1 - Un breve chiarimento terminologico

Con l'espressione "crimini d'odio" si intendono quei tipi di crimini in cui il movente è l'intolleranza verso chi è diverso. A priori, può sembrare una materia basilare e apparentemente superata, dato che - sotto l'influenza del diritto internazionale dei diritti umani - è inclusa praticamente in tutti i codici penali degli Stati membri dell'Unione europea. Come vedremo (nonostante le varie definizioni e approcci forniti dalla dottrina e dalle istituzioni), nessuna di esse è stata finora adottata in modo uniforme e, considerando la mole di reati, la giurisprudenza in materia è molto scarsa. Caratterizzati da un'estrema e terribile brutalità, provocano di per sé un effetto stigmatizzante sulla vittima che, insieme a un impatto psicologico ed emotivo, produce conseguenze ancora maggiori di quelle provocate alle vittime di reati comuni. A questo va aggiunto che qualsiasi tipo di crimine d'odio porta con sé un messaggio di allarme verso il resto dei membri della comunità a cui la vittima appartiene, intimidatorio, diffusivo. Tra i diversi studi vale la pena sottolineare quello del Bureau of Justice Assistance (BJA) del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti (USA). Negli anni '90 il BJA ha affermato in modo parziale che i crimini



d'odio erano "un fenomeno aspro e recente", che veniva analogamente associato alla storia. In questo senso identificava, tra gli altri, la persecuzione dei cristiani nell'Impero romano, la soluzione finale dei nazisti nei confronti degli ebrei, la pulizia etnica in Bosnia o il genocidio in Ruanda¹.

Il BJA sostiene che, mentre negli Stati Uniti il termine "crimine d'odio" è quello più comunemente usato per descrivere l'attacco di un bianco a un afroamericano, lo stesso evento sarebbe conosciuto in Germania come "violenza di estrema destra" o "violenza xenofoba" nel Regno Unito e in Francia. Secondo i BJA i crimini d'odio sono "crimini che manifestano prove o pregiudizi basati su razza, religione, orientamento sessuale, etnia o origine nazionale". Secondo l'*Hate Crimes Statist Act of 1990* i crimini d'odio sono quei:

"crimini che manifestano prove di pregiudizio basate sulla razza, la religione, l'orientamento sessuale o l'etnia, compresi, se del caso, i reati di omicidio, stupro, aggressione aggravata, aggressione semplice, intimidazione, incendio doloso e distruzione, danneggiamento o vandalismo di proprietà".

Lo stesso BJA sottolinea che la definizione attuale è la più accettata negli Stati Uniti, anche se alcuni Stati ne hanno altre, come il Connecticut, che include le persone disabili come possibili vittime; l'Illinois, che include il colore, il credo, l'ascendenza e la disabilità mentale e fisica; il Rhode Island che include la disabilità e il genere, e la Pennsylvania, che non riconosce l'orientamento sessuale.

Da una prima lettura si evince che i crimini d'odio sono circoscritti ai casi in cui il pregiudizio o la discriminazione sono dovuti a motivi razziali, religiosi, all'orientamento sessuale o all'etnia, distinguendo questi casi da quelli in cui il pregiudizio o la discriminazione sono determinati da motivi diversi. Oltre alla timidezza della definizione esiste una contraddizione nell'uso dei termini all'interno dello stesso BJA, dato che il *Federal Bureau of Investigation* (meglio noto come FBI) promuove l'uso del termine "bias crime" al posto del concetto di crimine d'odio, al fine di garantire l'omogeneità nei rapporti relativi ad altre tipologie.

* Contributo sottoposto a valutazione - Peer reviewed paper.

La ricerca si inserisce nell'ambito del progetto "Le parole che feriscono - Nuovi e vecchi limiti alla libertà di espressione", finanziato con il contributo dell'Università del Piemonte Orientale (FAR 2019).

¹ AA. VV., *A Policymaker's Guide to Hate Crimes*, Bureau of Justice Assis Washington, 1997.



I crimini d'odio sono intesi come "atteggiamenti o opinioni negative preformate nei confronti di gruppi di persone in base alla loro razza, religione, disabilità, orientamento sessuale o origine nazionale o etnica". Va notato altresì che la definizione offerta dall'FBI estende la protezione anche ai disabili.

A livello eurounitario ci troviamo di fronte a una molteplicità di fonti tutte, grosso modo, riecheggianti formulazioni precedenti. Ad esempio, la Raccomandazione generale n. 35 del 26 settembre 2013 sulla lotta all'incitamento all'odio razziale fornisce orientamenti sui requisiti della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 21 dicembre 1965 in relazione all'incitamento all'odio razziale, con l'obiettivo di aiutare gli Stati aderenti ad adempiere ai propri obblighi. In particolare si specifica:

«6. I discorsi di odio razziale affrontati nella prassi del Comitato hanno incluso tutte le forme specifiche di discorso di cui all'articolo 4, rivolte contro i gruppi riconosciuti dall'articolo 1 della Convenzione - che proibisce la discriminazione per motivi di razza, colore, discendenza o origine nazionale o etnica - come le popolazioni indigene, i gruppi basati sulla discendenza e gli immigrati o i non cittadini, compresi i lavoratori domestici migranti, i rifugiati e i richiedenti asilo, nonché i discorsi rivolti contro le donne appartenenti a questi e altri gruppi vulnerabili. Alla luce del principio dell'intersezionalità, e tenendo presente che "le critiche ai leader religiosi o i commenti sulla dottrina religiosa o sui principi della fede" non dovrebbero essere proibiti o puniti, l'attenzione del Comitato è stata anche catturata dai discorsi d'odio rivolti a persone appartenenti a determinati gruppi etnici che professano o praticano una religione diversa da quella della maggioranza, comprese le espressioni di islamofobia, antisemitismo e altre simili manifestazioni di odio contro gruppi etno-religiosi, nonché manifestazioni estreme di odio, l'incitamento al genocidio e al terrorismo. La stereotipizzazione e la stigmatizzazione dei membri dei gruppi protetti è stata anche oggetto di espressioni di preoccupazione e di raccomandazioni adottate dal Comitato».

L'incitamento all'odio razziale può assumere molte forme e non sono solo espressioni direttamente correlate alla razza, come la discriminazione contemplata all'articolo 1 della Convenzione: il linguaggio diretto può essere utilizzato per attaccare gruppi etnici e quindi nascondere il suo obiettivo primario discriminatorio e fomentante l'odio. In conformità agli obblighi derivanti della Convenzione, gli Stati devono prestare la dovuta attenzione a tutte le manifestazioni di



incitamento all'odio razziale e adottare misure efficaci per combatterle. I principi ivi enunciati si applicano sia che l'istigazione provenga da individui o gruppi, indipendentemente dalla forma in cui si manifesta, sia che venga formulata oralmente o per iscritto.

L'Appendice alla Raccomandazione n. R (97) 20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'„incitamento all'odio“, adottata il 30 ottobre 1997, prevede in particolare che il termine copra tutte le forme di incitamento o giustificazione dell'odio razziale, xenofobia, antisemitismo, antislamismo, antigitanismo, discriminazione verso minoranze e immigrati sorrette da un etnocentrismo o un nazionalismo aggressivo.

In questo senso si ricorre alle categorie dell'incitamento, dell'istigazione o dell'apologia. Il termine incitamento può comprendere vari tipi di condotte: quelle dirette a commettere atti di violenza, ma anche l'elogio di atti passati come la *Shoah*, o ancora sostenere azioni come l'espulsione di un determinato gruppo di persone dal Paese o la distribuzione di materiale offensivo contro determinati gruppi di persone.

Chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale e chi incita a commettere atti di discriminazione o di violenza è incriminato a titolo di pericolo presunto quando il pregiudizio razziale, etnico, nazionale o religioso si trasforma da pensiero intimo del singolo a pensiero da diffondere in qualunque modo argomentando la superiorità della propria razza, etnia, nazione o gruppo, ovvero compiendo o sollecitando a compiere atti di discriminazione. Secondo detta Raccomandazione il diritto e la prassi nazionali dovrebbero consentire, nei limiti delle loro competenze, ai rappresentanti della pubblica accusa o di altre autorità con competenze analoghe di esaminare in particolare i casi relativi all'incitamento all'odio. A questo proposito, dovrebbero in particolare considerare attentamente il diritto dell'imputato alla libertà di espressione, dal momento che l'irrogazione di sanzioni penali costituisce generalmente una grave interferenza con tale libertà. Nel fissare sanzioni per le persone condannate per reati relativi all'incitamento all'odio, le autorità giudiziarie competenti dovrebbero rispettare i criteri della necessità e della proporzionalità.

Da molteplici passaggi della Raccomandazione di politica generale n. 15 dell'ECRI sulla lotta all'incitamento all'odio, adottata l'8 dicembre 2015, può ritenersi che, per incitamento all'odio, si considera l'atto di sostenere, promuovere o incoraggiare in qualsiasi forma la denigrazione, l'odio o la diffamazione di una persona o di un gruppo di persone. A questi si accompagnano minacce, molestie, insulti, stereotipizzazione, stigmatizzazione di una persona o di un gruppo di persone e la giustificazione di tutti i precedenti tipi di espressione sulla base di



etichette quali “razza”, colore, famiglia, origine nazionale o etnica, età, disabilità, lingua, religione o convinzioni personali, sesso, genere, identità di genere, orientamento sessuale, altre caratteristiche personali o status. E questo vale anche per quelle condotte volte a incitare altri a commettere atti di violenza, intimidazione, ostilità o discriminazione contro le persone prese di mira, o atti che possono ragionevolmente aspettarsi che abbiano questo effetto, sempreché le affermazioni divulgate siano particolarmente gravi.

2 - Bilanciamento e “legalità”: compatibilità e conflitti

Parlare oggi di “legalità” e/o di “*Rule of Law*” nel diritto penale, almeno in un senso condiviso da tutti, incontra una serie di difficoltà, riportabili a quella dicotomia oramai impressa dal tempo fra la “*magna charta del reo*”, intesa come codificazione di ciò che è vietato, e la concezione che intende la regola come un insieme di diritti di estrazione legalista ed extralegalista: in altre parole, i diritti (fondamentali)².

Tale modello si può dire abbia assunto delle dimensioni nuove e indipendenti dalla originaria formulazione, soprattutto sotto il profilo della perdita di coerenza della legge statale, e che rappresenta un limite in definitiva ineliminabile di ogni sistema giuridico attuale, e che si palesa ogni qual volta si riscontra l’assenza di regole per qualificare un determinato fatto (molte fattispecie penali sono il frutto del recepimento di direttive eurounitarie) ovvero la presenza di disposizioni che relazionano lo stesso caso con soluzioni normative incompatibili, o ancora la mancanza di coerenza fra l’applicazione a determinati casi di regole pre-definite dal sistema e i valori che il sistema stesso mira a proteggere e/o promuovere³.

Sotto questo punto di vista si può dire che il “bilanciamento” riesca in una qualche misura a preservare l’ideale del “*Rule of Law*” generando - se così si può dire - regole relativamente stabili nell’immensa congerie di regole di varia estrazione (nazionale e sovranazionale), in ispecial modo qualora ci si imbatta in principi che presentano tensioni irrisolvibili per sé, intendendo per tali quelle che non consentono la formulazione di regole sufficientemente stabili, dove per giungere a tale ideale bisognerebbe sacrificare del tutto un interesse rispetto a un altro.

² Cfr. R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 11-12.

³ Cfr. F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 26 ss.



Una situazione del tipo ipotizzata si produce, a nostro avviso, quando si tratta di tensioni fra principi che non enunciano espressamente diritti e/o “doveri” e ai quali corrispondono obblighi derivanti dai precetti normativi. Il primo di questi punti di debolezza della teoria base del bilanciamento è l’incapacità di giustificare il ruolo nel diritto e nel ragionamento giuridico di taluni principi che dobbiamo considerare imponderabili e la cui portata si limita al piano giustificativo senza che abbiano una valenza euristica diretta come regole di condotta.

Principi come la “dignità umana” non rientrano nel giudizio di bilanciamento con altri principi, operazione dalla quale potrebbe derivare il suo annientamento di fronte a certe esigenze emergenziali o pretestuosamente addotte dal legislatore. Principi come quelli di irretroattività della legge penale e di colpevolezza non possono parimenti soccombere di fronte alla pretesa punitiva dello Stato, in un preteso bilanciamento fra la tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica e della difesa sociale, pur dotati di efficacia nelle valutazioni giudiziarie.

Si assiste così alla nascita di “super diritti” che non sono tali in quanto previsti, ma in quanto espressione di un principio, che rimarrebbe sul piano virtuale se non potesse concretizzarsi in una norma “di azione” a carico dello Stato.

Così, ad esempio, rimarrebbe su di un piano di ineffettività il principio di colpevolezza (intesa non solo nella sua accezione processuale di cui al secondo comma dell’art. 27 Cost.) se non venisse concepito come obbligo per il legislatore di abolire ogni forma di responsabilità oggettiva (pura e spuria) valorizzando quindi, sia la componente psichica dell’illecito sia il bisogno e la meritevolezza di pena del reo (art. 27, primo comma, Cost.). D’altronde, non potrebbe nemmeno parlarsi di un diritto a un “equo processo” (art. 111, primo comma, Cost.) se si potessero formulare a carico dell’imputato delle presunzioni imputative, sia di tipo oggettivo (ipotesi di responsabilità per posizione o forme surrettizie di aumento del rischio), che soggettivo (*culpa* o *dolus in re ipsa*).

Si va, quindi, verso la soluzione dei casi di conflitto che sono al di là della portata delle regole predisposte dall’ordinamento e che richiedono necessariamente un ragionamento “per principi”. Principi da cui risulta la ponderazione o la generazione di una regola immanente ma esistente (in caso di lacune normative), oppure la selezione tra regole incompatibili coesistenti (nei casi di antinomia), o l’attribuzione di un significato a una formulazione normativa suscettibile di più interpretazioni e delle quali solo quella conforme al diritto giusto potrà prevalere o, infine, la proposta di una soluzione normativa diversa da quella contenuta nella regola esistente.



3 - Libertà di espressione e meritevolezza di pena del discorso di odio

Taluni punti critici del giudizio di bilanciamento sono da rinvenirsi in quei casi dove la soluzione non passa attraverso il conflitto fra principi, bensì fra norme ordinarie (per usare una terminologia classica) e norme sovraordinate o principi cogenti.

In una prospettiva ricostruttiva e riconfigurativa del principio di legalità “multilivello” può essere utile, a mo’ di esempio, riferirci a talune recenti proposte di legge, aventi a oggetto le *“Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale e altre disposizioni in materia di contrasto della violenza e della discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere, nonché istituzione di centri antiviolenza e della Giornata nazionale contro l’omofobia, la bifobia e la transfobia”*.

Nel panorama dottrinario e giurisprudenziale internazionale si assiste a un notevole fermento di opinioni con l’effetto di condurre, sia le Corti supreme, sia gli Autori che si confrontano con queste delicate questioni, ad assumere posizioni talvolta opposte e, talvolta, contraddittorie in sé.

Ad esempio, nella sentenza *Perinçek* la Corte Edu attinge a piene mani dalla decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme e manifestazioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, adottata il 28 novembre 2008 dal Consiglio dell’Unione europea, soprattutto dove si raccomanda agli Stati di adottare misure necessarie, affinché siano punibili le condotte di condono pubblico, negazionismo o banalizzazione dei crimini di genocidio, crimini contro l’umanità e crimini di guerra come definiti negli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale diretti contro un gruppo di persone o un membro di tale gruppo definito con riferimento a razza, colore, religione, discendenza o origine nazionale o etnica quando la condotta è realizzata in modo tale da incitare alla violenza o all’odio contro tale gruppo o un membro di tale gruppo (art. 1)⁴.

Inoltre, la Commissione europea ha varato, nel maggio 2016, un codice di condotta con quattro grandi società di tecnologia dell’informazione (Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube), con l’obiettivo di reagire alla proliferazione dell’odio razzista e xenofobo online. Lo scopo di questo codice è garantire che le richieste di rimozione dei contenuti vengano gestite tempestivamente. A oggi, la Commissione ha effettuato cinque valutazioni di follow-up del codice di condotta e ne

⁴ Corte EDU, Grande Camera, 15 ottobre 2015, *Perinçek c. Svizzera*, ric. n. 27510/08.



ha presentato i risultati a dicembre 2016 e giugno 2017, nonché a gennaio 2018, 2019 e 2020. È stata inoltre pubblicata, il 1 marzo 2018, la Raccomandazione (UE) 2018/334 sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali online (GU, L 63 del 6 marzo 2018). Infine, il 15 dicembre 2020, la Commissione ha pubblicato la bozza di regolamento "*Digital Services Act*", approvato il 5 luglio 2022, che dovrebbe consentire l'attuazione di un nuovo quadro normativo, introducendo in tutta l'Unione europea una serie di nuovi obblighi di armonizzazione per i servizi digitali.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, quest'ultima si è pronunciata, nella sentenza "*Unabhängiges Landeszentrum*", affermando che un amministratore quale la *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, società tedesca specializzata nel settore della formazione che offre servizi di formazione attraverso segnatamente una fanpage attivata appunto su Facebook, deve essere considerata responsabile, all'interno dell'Unione, assieme alla Facebook Ireland del trattamento dei dati interessati. Secondo la Corte, infatti, la circostanza che un amministratore di una fanpage utilizzi la piattaforma realizzata da Facebook per beneficiare dei servizi a essa collegati non può esonerarlo dal rispetto degli obblighi a esso incombenti in materia di protezione dei dati personali. La Corte sottolinea, in particolare, che il riconoscimento di una responsabilità congiunta del gestore del social network e dell'amministratore di una fanpage presente su tale network in relazione al trattamento dei dati personali dei visitatori di tale fanpage contribuisce a garantire una più completa tutela dei diritti di cui godono le persone che visitano una fanpage, conformemente alle prescrizioni della direttiva 95/46⁵.

Nella sua sentenza *Fashion ID* la Corte di Giustizia ha riconosciuto che il gestore di un sito Internet, il quale inserisce in detto sito un plug-in social che consente al browser del visitatore del medesimo sito di richiamare contenuti del fornitore del plug-in in parola e di trasferire in tal modo a detto fornitore dati personali del visitatore, può essere considerato responsabile del trattamento, ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46. Tale responsabilità è tuttavia limitata all'operazione o all'insieme delle operazioni di trattamento dei dati personali di cui determina effettivamente le finalità e gli strumenti, vale a dire la raccolta e

⁵ Corte di Giustizia, sent. 5 giugno 2018, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GMBH*, causa C-210/16.



la comunicazione mediante trasmissione dei dati di cui trattasi⁶.

Una volta riconosciuta l'esistenza di un dovere in capo a determinati soggetti, la CGUE compie un passo ulteriore. Nella sentenza *Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland* del 3 ottobre 2019 ha dichiarato che la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("direttiva sul commercio elettronico"), in particolare il suo articolo 15, paragrafo 1, deve essere interpretata nel senso che essa non osta a che un giudice di uno Stato membro possa: a) ordinare a un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione di siffatte informazioni; b) ordinare a un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, purché la sorveglianza e la ricerca delle informazioni oggetto di tale ingiunzione siano limitate a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto rimane sostanzialmente invariato rispetto a quello che ha dato luogo all'accertamento d'illeceità e che contiene gli elementi specificati nell'ingiunzione e le differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto a quella che caratterizza l'informazione precedentemente dichiarata illecita non siano tali da costringere il prestatore di servizi di hosting a effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto; c) ordinare a un prestatore di servizi di hosting di rimuovere le informazioni oggetto dell'ingiunzione o di bloccare l'accesso alle medesime a livello mondiale, nell'ambito del diritto internazionale pertinente.

Resta da vedere se il riferimento ai principi precedentemente enunciati lasci emergere la necessità (o l'opportunità) di limitare la libertà di espressione che la Corte EDU ha ribadito a partire dalla sentenza *Handyside c. Regno Unito*, del 7 dicembre 1976 ripresa, più recentemente, in *Morice c. Francia*, del 23 aprile 2015 e riaffermato nel citato caso *Perinçek c. Svizzera* del 15 ottobre 2015, così come in *Sanchez c. Francia* del 2 settembre

⁶ Corte di Giustizia, sezione II, 29 luglio 2019, *Fashion ID GmbH & Co.KG c. Verbraucherzentrale NRW eV*.



2021⁷.

È oramai patrimonio acquisito delle moderne democrazie la concezione della libertà di espressione come fondamento della società, una delle condizioni essenziali per il suo progresso e per lo sviluppo di ogni individuo. A eccezione del paragrafo 2 dell'articolo 10 Convenzione EDU, la garanzia si applica non solo alle "informazioni" o alle "idee" accolte favorevolmente o ritenute innocue o indifferenti, ma anche a quelle che offendono, sconvolgono, turbano i sentimenti altrui. Tale, si dice, è un effetto inevitabile del pluralismo, tolleranza e spirito di apertura senza il quale non esiste una "società democratica".

Il richiamato paragrafo 2 dell'art. 10 presenta l'aggettivo "necessario" che sembra evocare un urgente bisogno sociale. In generale, la "necessità" dell'interferenza con l'esercizio della libertà di espressione deve presentare i requisiti della "inevitabilità", l'esigenza cioè di una restrizione tale per la quale gli Stati godono tuttavia di un apprezzabile margine di discrezionalità. Detto con le parole della Corte EDU, l'aggettivo "necessario", ai sensi dell'articolo 10, § 2, implica l'esistenza di un "urgente bisogno sociale". Gli Stati contraenti conservano certamente un'area di apprezzamento nel valutare se tale esigenza esista, ma essa va di pari passo con la vigilanza europea, abbracciando sia la normativa sia le decisioni giudiziali che la applicano⁸.

Il problema riguarda l'impossibilità che lo Stato preveda un esercizio illimitato di tale facoltà, soprattutto per quanto riguarda quelle condotte pericolose per l'ordine pubblico. Per quanto la libertà di espressione goda di particolare tutela nell'ambito del dibattito politico, essa non è incondizionata: la tolleranza e il rispetto per la pari dignità di tutti gli esseri umani costituiscono le basi di ogni società democratica e pluralista, che sono tenuti a garantire specialmente nei contesti sociali caratterizzati da forti tensioni. In linea generale, può quindi considerarsi necessaria e legittima ogni azione volta a punire o a prevenire espressioni dirette a diffondere, incitare, promuovere o giustificare l'odio e

⁷ Corte EDU, sez. V, 2 settembre 2021, *Sanchez c. Francia*, ric. 45581/15, Nel caso di specie, il ricorrente, politico francese, era stato condannato per non aver prontamente rimosso dalla bacheca del proprio profilo Facebook alcuni commenti postati da terzi che incitavano all'odio contro persone di fede musulmana. Lamentava pertanto la violazione dell'art. 10 CEDU. La Corte, accertata l'illiceità dei commenti incriminati e valutata come colpevole l'inerzia del ricorrente, considera l'ingerenza nel suo diritto alla libertà di espressione "necessaria in una società democratica".

⁸ Corte EDU, 15 febbraio 2005, *Steel e Morris c. The United Kingdom*, ric. 68416/01.



l'intolleranza. Ciò a patto che le sanzioni o le restrizioni imposte siano proporzionate allo scopo perseguito.

Il nodo 'gordiano' riguarda appunto il "come" bilanciare gli opposti interessi. La soluzione transita, a nostro avviso, attraverso la nota caratteristica della "pericolosità" della condotta, alla idoneità finalistico-oggettiva della stessa a ledere un interesse meritevole di tutela e idoneo a rientrare nel giudizio di bilanciamento⁹.

Lo stesso concetto di "crimine d'odio" è un concetto difficile da determinare a causa dell'impossibilità di delimitare, tra l'altro, dove finisce il pregiudizio, il tipo di pregiudizio che può essere ricompreso nella norma sul crimine d'odio e la connessione fra il pregiudizio e il reato, nonché il tipo di ripercussioni sul soggetto offeso.

Qui si annida, invero, il vizio capitale della normazione in tema di *hate crimes*: concentrare, da un lato, l'attenzione sul comportamento motivato da idee preconcepite, spostando quindi l'asse dell'incriminazione sulla psiche del reo piuttosto che sulla condotta in sé; dall'altra parte, estraniare l'ambientazione dell'*hate crime* dai contesti all'interno dei quali è nato, e cioè nelle aree emarginate delle metropoli, ovunque vi siano conflittualità etnico-religiose ma anche sociali e razziali. Un concetto, dunque, manipolabile a piacere della classe politica di turno per legittimare l'uso della violenza statale contro quelli che vengono additati come i nemici della sicurezza, della pubblica tranquillità e dell'ordine pubblico¹⁰.

Raggiungere, quindi, un punto di equilibrio non è facile, dovendosi tenere in considerazione tutta una serie di circostanze di fatto, principalmente legate alla maggiore o minore esposizione al pubblico del soggetto dichiarante (ad esempio, personaggio politico), allo strumento usato (ad esempio, piattaforma social) al contenuto dei messaggi e, soprattutto, se idonei a generare condotte violente¹¹.

Nella citata sentenza *Sanchez c. Francia*¹², le espressioni contestate definivano chiaramente il gruppo di persone interessate, di fede musulmana, e che l'assimilazione della comunità musulmana alla delinquenza e all'insicurezza nella città di Nîmes, equiparando questo

⁹ In argomento, di recente, **AA. VV.**, *Abwägung. Voraussetzungen und Grenzen einer Metapher für rationales Entscheiden*, W. LÜBBE, T. GROSSE WILDE (Hg.), Mentis, 2022.

¹⁰ Cfr. **J.B. JACOBS, K. POTTER**, *Hate Crimes. Criminal Law and Identity Politics*, Oxford University Press, New York, 1998, p. 23 s.

¹¹ Corte EDU, sez. I, 4 giugno 2020, *Jeziar c. Polonia*, ric. 31955/11.

¹² Corte EDU, sez. V, 2 settembre 2021, *Sanchez c. Francia*, ric. 45581/15, § 81.



gruppo a spacciatori e prostitute “che regnano sovrani”, “feccia che spacciano la loro droga tutto il giorno” o gli autori di “sassi oscillanti su auto appartenenti a bianchi”, tende, sia per il suo significato che per la sua portata, a suscitare un forte sentimento di rifiuto e di ostilità nei confronti del gruppo di persone, condotte quindi idonee a scaturire in atti di odio e violenza reciproche. Ne deriva che, in un contesto elettorale, mentre i partiti politici devono beneficiare di un’ampia libertà di espressione per cercare di convincere i propri elettori, i discorsi razzisti o xenofobi contribuiscono ad alimentare l’odio e l’intolleranza perché le posizioni dei candidati alle elezioni tendono ad amplificarsi a dismisura e le formule stereotipe o i cliché tendono a prevalere sulle argomentazioni vere e proprie.

4 - Problemi di tassatività e di determinatezza del “discorso di odio”

Uno dei “banchi di prova” del discorso è storicamente rappresentato dai limiti alla libertà di espressione rappresentati dal contenuto di “odio” che talune frasi oggettivamente presenterebbero. Si va così dai reati di vilipendio previsti dal codice penale o da leggi speciali, ai reati di istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi o di esaltazione di atti terroristici, ai reati di “odio” intesi in senso ampio come tutte quelle manifestazioni di biasimo e di “esclusione” nei confronti di determinate categorie di soggetti (omosessuali, transgender, ecc.) ovvero appartenenti a etnie “altre” rispetto a quella del soggetto parlante (immigrati, nomadi e via dicendo).

Caratteristica comune a tali prese di posizione, in generale, è che la restrizione della libertà di espressione ha luogo attraverso la repressione penale. Di questa perenne tensione fra interessi sono testimoni, come detto, sia la giurisprudenza che la dottrina.

Un caso per tutti è dato dall’affaire *Perinçek v. Svizzera* del 2005 nel quale la Grande Camera della Corte Edu afferma la non violazione dell’art. 10 Cedu nonostante l’„odiosa” negazione del genocidio armeno del 1915, poiché l’imputato non ha espresso disprezzo o odio per le vittime dei tragici eventi del 1915 e degli anni seguenti. In sostanza, la negazione di un genocidio o di uno sterminio (si pensi alla *Shoah* degli israeliti) non può costituire ragione o motivo per giustificare una tutela penalistica.

Discorso inverso e antitetico ha formulato il Tribunale costituzionale spagnolo, il quale si è soffermato in varie occasioni sui limiti del diritto alla libertà di espressione con espressioni qualificate come



“discorso de odio”¹³.

Fra le più recenti può citarsi la decisione del TS 177/2015¹⁴, sul dare alle fiamme la foto del Re, così come la sentenza n. 112 del 2016¹⁵ nella quale il Tribunale, per la prima volta, si è occupato, indirettamente, a seguito di un ricorso “de amparo”, della costituzionalità del reato di esaltazione del terrorismo (art. 578 c.p. spagnolo) deludendo le aspettative di un vasto settore della dottrina penalistica molto critico nei confronti di detta figura criminosa¹⁶.

Dalla giurisprudenza nazionale e da quella eurounitaria emerge che l’incitamento all’odio non richiede necessariamente l’invocazione di un particolare atto di violenza o di un altro atto criminale. Attacchi contro persone commessi insultando, ridicolizzando o diffamando determinate fasce della popolazione e gruppi specifici di essa o incitando all’odio e alla violenza contro una persona a causa del suo credo sono sufficienti perché possa farsi ricorso allo strumento penale di lotta per limitare una (diversamente) senza limiti libertà di espressione che mina la dignità e persino la sicurezza di gruppi di persone¹⁷.

Un punto di (apparente) frizione fra la giurisprudenza “domestica” e la giurisprudenza Edu sta nel considerare (da parte della prima) la libertà di espressione un diritto non fondamentale e illimitato, ma, al pari di tutti i diritti, nonostante goda di protezione costituzionale, cedevole di fronte ad altri diritti penalmente protetti. Ciò sulla base di un presupposto, per la verità apodittico (se considerato di per sé) che tutti i valori tutelati con lo strumento penale siano - per ciò solo - anche costituzionalmente rilevanti e, conseguentemente, fondamentali.

Quanto detto è tuttavia smentito dalla realtà normativa che offre numerosi esempi di come taluni diritti possano essere compressi a fronte di altri parimenti dotati di protezione penale. Si pensi al “diritto di libertà” e alla possibilità che questo possa essere limitato nei casi previsti dalla legge e da un atto motivato dell’autorità giudiziaria. Eppure il diritto

¹³ Cfr. **M. IACOMETTI**, *Il Tribunale costituzionale spagnolo verso l’ipertrofia del concetto di “discorso del odio” e la eccessiva compressione della libertà di espressione*, in www.osservatorioaic.it, 8 marzo 2017, p. 1 ss.

¹⁴ STC spagnolo del 21 luglio 2015, in *BOE*, n. 200, 21 agosto de 2015.

¹⁵ STC spagnolo del 20 giugno 2016, in *BOE*, n. 181, 21 luglio 2016.

¹⁶ Cfr. **M.L. CUERDA ARNAU**, *Terrorismo y libertades políticas*, in *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 3, 2008, p. 82 ss.; **A. ALONSO RIMO**, *Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, 2010, p. 38 ss., con ulteriori citazioni.

¹⁷ Corte EDU, sez. III, 11 febbraio 2020, *Atamanchuk v. Russia*, ric. 4493/11.



sancito all'art. 13 Cost. viene generalmente considerato "assoluto".

Su quest'ultimo punto, sia però consentito svolgere qualche breve riflessione. L'interpretazione sistematica della Costituzione ha portato la dottrina a concludere che fra disposizioni costituzionali si possano instaurare rapporti di "prevalenza", di "coordinamento reciproco" e di "specialità"¹⁸, mostrando in tutta evidenza l'arbitrarietà di individuare uno di essi che abbia un peso assoluto sugli altri: la tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro"¹⁹.

Ragionare in termini di "assolutezza" e/o di "relatività" fra diritti significa, altresì, evocare quella proposta sapienziale che distingue fra "norma di diritto fondamentale" e "mandato di ottimizzazione"²⁰, sulla quale abbiamo avuto modo di svolgere qualche considerazione critica. Non si saprebbe infatti come giustificare logicamente l'affermazione secondo cui l'art. 13 Cost. è norma di diritto fondamentale e l'art. 40 o l'art. 27, primo comma, Cost. mandato di ottimizzazione, soltanto perché gli effetti del primo sono previsti in forma esplicita, mentre i secondi, appunto perché non formano oggetto di una esauriente descrizione in forma primaria, sono indirettamente determinati mediante il riferimento al particolare regolamento di interessi adottato in concreto²¹.

Richiamando quanto detto più in alto, mentre il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. e il divieto di retroattività di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. non possono entrare nel giudizio di bilanciamento, altri diritti di libertà sì, purché non si sia verificata la condizione negativa presupposto per il loro riconoscimento. E cioè che il diritto di sciopero non sia esercitato con modalità e finalità tali da sovvertire l'ordine costituzionale e che la libertà personale non venga ristretta se non a seguito di un provvedimento giudiziale e nei casi previsti dalla legge, o che il soggetto non si sia posto in una situazione di incapacitazione al fine di commettere un reato o di procurarsi una scusa.

¹⁸ Cfr. **M. GALLO**, *Interpretazione sistematica e Costituzione*, in *Critica dir.*, 1, 2003, p. 16 ss. In giurisprudenza vedi Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85 con nota di **D. PULITANÒ**, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge Ilva*, in *Giur. cost.*, 3, 2013, p. 1498 ss.

¹⁹ Cfr. Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264.

²⁰ È noto sul punto il pensiero di **R. ALEXY**, *Teoria dei diritti fondamentali*, traduzione italiana di L. DI CARLO, il Mulino, Bologna, 2012, *passim*.

²¹ Cfr. **G. RUGGIERO**, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Editoriale scientifica, Napoli 2018, p. 212 ss.; **M. HONG**, *Abwägungsfeste Rechte. Von Alexys Prinzipien zum Modell der Grundsatznormen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, p. 86 s.



Tanto premesso, sostenere, come fa il TC spagnolo che l'art. 20.1 della Costituzione spagnola "non riconosce un diritto all'insulto", non significa altro che ribadire - a nostro avviso - che la manifestazione del pensiero deve essere necessaria e realmente offensiva, punibile se commessa con violenza o minaccia.

Il problema non risolto dalla giurisprudenza è sintetizzato nel passo dell'oggettiva offensività del gesto o delle parole (bruciare la foto del Re, negare il genocidio, etc.) senza che a questa si accompagni o venga preceduta da un contegno almeno minaccioso. D'altro canto, la giurisprudenza della Corte Edu, nella sua evoluzione, ha innanzitutto riconosciuto l'importanza del discorso politico per un rappresentante del popolo e proprio per questo motivo sottopone le restrizioni a controlli più severi. Il fatto però che il ricorrente stesso sia un parlamentare non attenua la sua responsabilità penale. La Corte rileva inoltre che tolleranza e rispetto della dignità umana costituiscono le basi di una società democratica e pluralista²².

I discorsi razzisti e discriminatori fomentano un'atmosfera di odio nella popolazione nella misura in cui gli stereotipi prevalgono su un'argomentazione oggettiva. Affinché le autorità possano far prevalere la lotta al razzismo sul diritto a esprimere un'opinione irresponsabile, non è necessario che tale opinione inciti alla violenza o a un altro reato e considera, di conseguenza, l'ingerenza nella libertà di espressione una misura necessaria in una società democratica, al fine di proteggere l'ordine pubblico e i diritti altrui, in questo caso degli immigrati.

Insomma, secondo la Corte Edu, non è illecito per le Autorità statali adottare, in qualità di garante dell'ordine pubblico, misure - anche penali - tese a reagire in modo adeguato e non eccessivo contro accuse diffamatorie, prive di fondamento o formulate in mala fede²³.

La Corte si pronuncia quindi sul bilanciamento tra l'art. 8 e l'art. 10 Cedu, sotto il particolare aspetto del margine di tollerabilità dell'ordinamento Cedu rispetto alle compressioni alla libertà di espressione finalizzate alla salvaguardia del diritto al rispetto della vita privata. In base all'art. 10, la libertà di espressione può essere legittimamente compressa solo con previsione di legge e nei casi in cui vi sia la necessità di assicurare la tutela di una serie di valori protetti da una

²² Cfr. **M. HONG**, *Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte. Grundfragen, Entstehung und Rechtsprechung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, p. 536 ss.

²³ Corte EDU, 23 aprile 1992, *Castells v. Spagna*, ric. 11798/85, § 46.



società democratica, purché si rispettino certe condizioni²⁴.

Per un verso la Corte ricorda come la libertà di stampa e di diffusione del pensiero sia assai ampia e che la sua funzione sia soprattutto di informare su notizie che hanno un pubblico interesse, sia che si tratti di personaggi pubblici che di privati cittadini, abbracciando anche ipotesi di provocazione o esagerazione. È compito preliminare dei giudici nazionali effettuare un bilanciamento dei principi - reputati equiordinati - seguendo alcuni criteri guida individuati dalla Corte EDU²⁵, quali l'importanza della notizia per alimentare un dibattito di pubblico interesse; il livello di popolarità della persona interessata e i suoi comportamenti precedenti; l'oggetto dell'articolo e la sua veridicità; il metodo di ottenimento delle informazioni; il contenuto, le forme e le conseguenze della pubblicazione; la severità della sanzione imposta dall'ordinamento nazionale.

In definitiva, qualora attraverso la stampa si realizzi o si acconsenta a un "grave attacco" alla reputazione personale, il diritto di cui all'art. 8 della Convenzione interferisce con l'art. 10, sino a farlo risultare cedevole²⁶. Stesso discorso, a rovescio, viene proposto dalla Corte costituzionale italiana, allorché, sulla scia di precedenti decisioni della Corte Edu²⁷, è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della previsione di

²⁴ La ricerca del necessario (ineluttabile) equilibrio tra la sovranità delle autorità nazionali e la protezione internazionale uniforme dei diritti umani fa sì che non sia sempre facile ragionare in termini di principi, prescindendo dal fatto concreto dal quale origina il "diritto" (giusto). Cfr. **P. GORZONI**, *Der „margin of appreciation“ beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, la quale dedica interessanti righe al *Gewährung von Beurteilungsspielräumen* (pp. 49 ss., 219 ss.). Nella giurisprudenza canadese si parla altresì di "compelling state interest" con risultati in molte parti coincidenti con la giurisprudenza della Corte Edu. Cfr. **P. BOSSET**, *Limites de l'accommodement raisonnable: le droit a-t-il tout dit?*, in *Éthique publique*, 1, 2007, 9, p. 165 ss. Sull'esistenza dei così detti *preferred freedoms* vedi **M. HEINTZEN**, *Il principio di proporzionalità*, traduzione italiana di F. PEDRINI, Mucchi Editore, Modena, 2015, p. 36 s.

²⁵ Corte EDU, Grande Camera, 14 giugno 2007, *Hachette Filipacchi Associés v. Francia*, ric. 40454/01, § 43; ID., 18 gennaio 2011, *MGN Limited v. Regno Unito*, ric. 39401/04, § 142; ID., Grande Camera, 7 febbraio 2012, *Axel Springer AG v. Germania*, ric. 39954/08, § 84.

²⁶ Corte EDU, sez. I, 10 ottobre 2013, *Delfi v. Estonia*, ric. n. 64596/09; ID., *Axel Springer AG v. Germania*, cit., §§ 89-95; ID., 7 febbraio 2012, *Von Hannover v. Germania* (n. 2), ric. nn. 40660/08 e 60641/08, §§ 108-113.

²⁷ Corte EDU, sez. I, 7 marzo 2019, *Sallusti v. Italia*, ric. n. 22350/13; ID., sez. I, 24 settembre 2013, *Belpietro v. Italia*; ID., 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre v. Romania*. Vedi altresì, **F. VIGANÒ**, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 94.



sanzioni penali nei confronti del giornalista che comunque offenda la reputazione altrui.

Qui il bilanciamento fra le norme dell'ordinamento (artt. 595 c.p. e 13 della l. n. 47 del 1948) che prevedono sanzioni penali e il diritto di cronaca o di critica di cui all'art. 21 Cost. viene reputato inadeguato rispetto alla giurisprudenza Edu, sproporzionato se rapportato sia all'entità delle sanzioni sia alla necessità di non porre un freno alla funzione dei giornalisti di esercitare la propria funzione cruciale di controllo sull'operato dei pubblici poteri²⁸.

Non è però difficile notare una sorta di "contradictio in adiecto" nelle richiamate tesi giurisprudenziali, allorquando si ammettono i "limiti ai limiti" rappresentati, secondo la Corte Edu, dalle "circostanze eccezionali", ove si determini una grave lesione di altri diritti fondamentali, come ad esempio in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza, ovvero, secondo la Corte costituzionale italiana - ma solo come ausilio argomentativo - una lesione della reputazione della persona, che costituisce al tempo stesso un diritto inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost.²⁹.

La tutela della dignità umana non dovrebbe ammettere alcun tipo di compressione e non risultare cedevole rispetto ad altri diritti, come la libertà di espressione dei giornalisti, qualora vengano deliberatamente lesi diritti personalissimi come l'onorabilità, il decoro e la reputazione, nel momento storico attuale facilmente denigrabili con gli strumenti di comunicazione di massa. Se si vuole impostare il discorso sulla proporzionalità della reazione sanzionatoria, allora l'asse di valutazione si sposta dall'art. 21 all'art. 25, secondo comma, relativamente all'offesa contenuto del "fatto" ivi evocato e all'art. 27, terzo comma, Cost. sulle finalità preventive generali e speciali che si vogliono affidare alla comminatoria sanzionatoria³⁰.

Sempre procedendo a una rapida ricognizione del materiale giurisprudenziale attinente alle nuove frontiere del "bilanciamento"

²⁸ Corte cost., ord. 26 giugno 2020, n. 132, § 7.3.

²⁹ Cfr. altresì Cass. pen., sez. V, 19 settembre 2019, n. 38721: "L'irrogazione di una pena detentiva, ancorché sospesa, per un reato connesso ai mezzi di comunicazione, è compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti garantita dall'articolo 10 della Convenzione soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente qualora siano stati lesi gravemente altri diritti fondamentali, come, per esempio, in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza".

³⁰ Per questo approccio cfr. già **G. RUGGIERO**, *La proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 92 ss.



un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione ha affermato, in merito alla sospensione della prescrizione introdotta a causa dell'emergenza da Covid-19, che

“La sospensione del corso della prescrizione prevista dall’art. 83 comma 4 del d.l. 18 marzo 2020, n. 18 non viola il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole di cui all’art. 25, comma 2, Cost, in quanto, premessa la natura sostanziale dell’istituto della prescrizione (Corte cost. n. 115 del 2018), la durata della sospensione, dovuta a fattore esogeno (emergenza sanitaria), ha carattere generale, proporzionato e temporaneo, così realizzando un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali, nessun dei quali è assoluto e inderogabile”³¹.

Il richiamo alla celebre sentenza costituzionale n. 115 del 2018, se è di conforto circa l’opzione del giudicante per la natura sostanziale della prescrizione³², non rende di per sé accettabile il successivo passaggio secondo cui non esistono diritti fondamentali assoluti o inderogabili tali da impedire, in situazioni eccezionali, una deroga al divieto di retroattività della legge sfavorevole.

Oltre a contrastare con precedenti pronunce della Corte costituzionale che hanno proclamato l’inderogabilità del divieto stabilito all’art. 25, secondo comma, Cost.³³ e della stessa Corte Suprema³⁴ l’affermazione non tiene conto della tipologia di interessi in gioco e, soprattutto, dà per scontato ciò che occorre dimostrare: che l’art. 25, secondo comma, possa entrare in un giudizio di bilanciamento con altri interessi costituzionali meritevoli della massima tutela. In verità, il divieto di retroattività della norma incriminatrice è assoluto (al pari della “dignità umana”) e questa caratterizzazione gli deriva dall’essere un elemento fondante di una determinata forma di Stato. Se la potestà punitiva di uno

³¹ Cass., sez. III, ud. 2 luglio 2020, informazione provvisoria; ID., SS. UU, 10 febbraio 2021, n. 5292.

³² Cfr. Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115.

³³ Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394.

³⁴ Cass., SS. UU., 13 maggio 2010, n. 18288, Beschi, rv. 246651 a proposito dell’irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, il quale, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell’indulto in precedenza rigettata, consentendo di superare la preclusione dell’art. 666, comma II, c.p.p., che richiede l’esistenza di elementi nuovi per la riproposizione al giudice di istanze già rigettate. Sul punto, cfr. **G. INSOLERA**, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, a cura di M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI, vol. IV, Jovene, Napoli, 2011, pp. 2351 ss., 2366 ss.



Stato di diritto può legittimamente esercitarsi entro il perimetro dei limiti formali costituiti dal principio di legalità (e di personalità) della responsabilità penale, il contenuto del concetto stesso, espresso dalla locuzione “sociale e democratico di diritto”, ne risulterebbe grandemente svuotato. In quanto tale, il principio di irretroattività, che è una costante di tutte le evoluzioni storiche degli Stati moderni, riguarda questioni di portata generale e universali, a partire dagli oggetti giuridici proteggibili con il ricorso alla pena, sino ai limiti che il sistema punitivo incontra di fronte al reo, sia sotto il profilo invasivo che sotto quello trattamentale.

Se, infatti, il mito della legge attraversa una grave crisi a seguito di una sua “stratificazione” multifoniti, il divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, capace di assicurare la predeterminazione della regola di condotta³⁵, è l’unica vera garanzia contro lo strapotere politico e giudiziario³⁶.

Da quanto or ora esposto emerge una concezione del “bilanciamento” non solida, tendente a sgretolarsi, la cui fragilità ha delle pesanti ricadute sul fronte delle garanzie individuali.

5 - Uso e abuso del ricorso al bilanciamento. Alcuni casi scelti

Un caso particolare che ha riscosso una vasta eco - e che merita citare per gli importanti contributi scientifici che ne sono derivati - fu il “recurso de amparo” interposto da *Violeta Friedman* contro la sentenza della prima Sala del Tribunale supremo spagnolo che confermò la mancanza di legittimazione attiva per proporre una domanda di protezione civile del diritto all’onore contro *Léon Degrelle* (ex generale delle Waffen-SS e fondatore del partito nazista belga) per la divulgazione di alcune espressioni umilianti e denigratorie nei confronti del popolo ebreo.

Com’è noto il Tribunale costituzionale dichiarò illegittimo il reato di negazione del genocidio previsto dall’art. 607.2 c.p. spagnolo per lesione del diritto di libera manifestazione del pensiero. Più precisamente, si presentano argomenti a favore della costituzionalità di detta previsione qualora la negazione, nonostante non contenga insulti, sia chiaramente tesa a banalizzare o minimizzare crimini così atroci e tale da far ritenere un disprezzo nei confronti della dignità delle vittime.

³⁵ Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, § 7.

³⁶ Cfr. A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 112 ss.



Un giudizio di bilanciamento tuttavia sarebbe legittimo, non potendosi predicare un'assolutezza dell'art. 10 (confermata dallo stesso comma II) ma nemmeno una penalizzazione incondizionata del negazionismo anche a fronte di una ritenuta protezione dei diritti di terzi. Ragion per cui, se non può ritenersi punibile il "semplice" negare l'olocausto o altri intollerabili genocidi o omicidi, critico rimane stabilizzare l'ago della bilancia per quanto concerne la "giustificazione" del negazionismo, intesa come incitamento all'odio o al disprezzo antisemita o razziale o classista³⁷.

Tale distinguo è ritenuto inaccettabile sia rispetto al Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica³⁸, riguardante la criminalizzazione degli atti di razzismo e xenofobia commessi a mezzo di sistemi informatici, fatto a Strasburgo il 28 gennaio 2003³⁹, sia rispetto alla Decisione quadro 2008/913/JHA. L'artificialità della distinzione fra negazionismo e giustificazionismo potrebbe facilmente condurre a un travestimento verbale di vere e proprie forme di incitamento all'odio e alla discriminazione⁴⁰: la negazione del genocidio è una componente del genocidio stesso e, di conseguenza, la continuazione dello stesso e una violazione dei diritti umani.

Non meno scevra da perplessità è, tuttavia, anche quest'ultima affermazione: non si dimostra, in sostanza, se è proprio vero che tale tipo di condotta sia connotata da un grado di pericolosità tale da poterne giustificare un'incriminazione; se cioè, da un piano meramente congetturale e astratto, sia poi consentito, secondo *l'id quod plerumque accidit*, di sostenere che ne deriveranno delle manifestazioni di odio e di violenza.

In altri termini, affinché si possa incriminare una manifestazione

³⁷ STC spagnolo del 7 novembre 2007, n. 235, in *BOE*, n. 295, 10 dicembre 2007.

³⁸ Cfr. **M. WIACEK**, *Strafbarkeit rechts motivierter Cyberkriminalität in sozialen Netzwerken*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2019.

³⁹ In Italia cfr. la l. 16 giugno 2016, n. 115 sul così detto negazionismo, che ha inserito nell'art. 3 della l. 13 ottobre 1975, n. 654 un comma aggiuntivo 3-bis. Tale disposizione prevede la reclusione da 2 a 6 anni nei casi in cui la propaganda, l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondino "in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra" come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale (art. 6, crimine di genocidio; art. 7, crimini contro l'umanità; art. 8, crimini di guerra), ratificato dall'Italia con la l. n. 232 del 1989.

⁴⁰ Cfr. **P. PINTO DE ALBUQUERQUE**, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzianti (2011-2015)*, a cura di D. GALLIANI, Giappichelli, Torino, 2016, p. 157.



del pensiero è necessario che questa sia gratuitamente denigratoria, offensiva, contumeliosa, di incitamento al biasimo e alla ridicolizzazione di una categoria di persone o di un gruppo etnico per ragioni di appartenenza religiosa, culturale, di provenienza geografica, ecc. Il semplice negare il vero (l'Olocausto o altro genocidio) o affermare il falso o artefare i termini del discorso pubblico (ad esempio: sostenere che la segregazione e conseguente sterminio di gruppi di persone variamente accumulabili sia null'altro che un'azione di guerra civile contro un nemico interno), se non possiede un contenuto offensivo o di pericolosità in concreto idoneo a generare episodi di violenza o alimentare frange estremiste ed eversive, non dovrebbe costituire oggetto di disciplina penale.

Più sfumata la presa di posizione della Corte EDU nel ricordato caso *Doğu Perinçek*, esponente politico del partito nazionalista turco, il quale era stato condannato a una pena detentiva e al pagamento di una multa in virtù della norma contro la discriminazione razziale del codice penale svizzero (art. 261 *bis*, cpv. 4), per aver negato il genocidio armeno, sentenza confermata dal Tribunale federale di Losanna che aveva respinto il ricorso contro la condanna. Il 17 dicembre 2013 la seconda Sezione della Corte EDU stabiliva invece che la sentenza svizzera violava la libertà di espressione del ricorrente. Il 17 marzo 2014 la Svizzera aveva chiesto il riesame del caso alla Grande Camera affinché si facesse chiarezza sul grado di apprezzamento delle autorità inquirenti svizzere nell'applicare la norma penale sulla discriminazione razziale, la quale concluse a maggioranza per la violazione dell'art. 10 Convenzione Edu⁴¹.

In conclusione: se si sostiene che l'attività giornalistica, per il ruolo fondamentale rivestito nello svolgimento delle funzioni democratiche della Nazione, non debba essere in alcun modo assoggettata a sanzioni penali, non si vede perché, la libera manifestazione del pensiero, non meno importante del diritto di cronaca e di critica, possa in una qualche misura ritenersi vincolata e/o limitata dal sistema penale qualora non abbia un contenuto deliberatamente offensivo o denigratorio e non si sostanzi in un incitamento alla violenza.

Quanto in alto sostenuto sembra trovare un appoggio - anche se si tratta di un punto di vista molto diverso - da quella giurisprudenza che ha sviluppato il concetto di "incitamento all'odio", del quale, sia il Tribunale

⁴¹ Corte Edu, Grande Camera 15 ottobre 2015, *Perinçek v. Svizzera*, ric. 27510/08. In argomento, cfr. C. LEOTTA, *Limiti penalistici alla libertà di espressione: il caso del negazionismo del genocidio armeno*, in *archiviopenale.it*, 1, 2016, pp. 221-238.



Supremo spagnolo sia il Tribunale costituzionale, si servono per porre un limite assoluto alla libertà di espressione.

Con detta nozione la giurisprudenza ha fra le mani uno strumento plastico per ridurre o ampliare i limiti all'esercizio legittimo del diritto, semplicemente riportando il contenuto delle espressioni all'interno della categoria "odio" per giustificare, ulteriormente argomentando, l'esclusione della protezione costituzionale del diritto di libera manifestazione del pensiero.

Così, al fine di dare maggiore concretezza al delitto di esaltazione del terrorismo e che si situerebbe in una zona intermedia fra la commissione di fatti delittuosi e l'esercizio del diritto fondamentale, si ritiene che l'oggetto della repressione penale consiste nell'elogio o nella giustificazione delle azioni terroristiche non rientranti nel perimetro della libertà di espressione (anche ideologica)⁴².

Proseguendo nella ricostruzione del *Rule of law*, allargandoci alle fonti sovranazionali, l'art. 5 della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo fatta a Varsavia il 16 maggio 2015 (STCE n. 196), dispone che per "*pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo*" si intende la diffusione o qualunque altra forma di pubblica divulgazione di un messaggio con l'intento di incitare alla commissione di un reato di terrorismo, qualora tale comportamento, istigando direttamente o indirettamente ai reati di terrorismo, crei il rischio che uno o più reati di questo tipo possano essere perpetrati. La stessa relazione esplicativa (art. 5) cerca di dare una definizione di *Pubblica provocazione per commettere un reato terroristico* individuandola nella condotta di diffusione di un messaggio pubblico con l'intento di incitare alla commissione di un reato di terrorismo, ove tale condotta che direttamente o indirettamente riguardi reati di stampo terroristico, ne causi il pericolo di commissione⁴³.

Anche in questo caso emergono i limiti al bilanciamento, sia di stampo interpretativo che in ordine ai diritti fondamentali. Il filo conduttore delle questioni esposte ed esaminate è il generato conflitto tra due diritti garantiti dalla Convenzione Edu: la libertà di espressione (articolo 10) e il diritto al rispetto della vita privata (art. 8). Qualsiasi interpretazione voglia darsi dell'uno o dell'altro, deve in ogni caso

⁴² STS, Sala seconda, 31 gennaio 2018, n. 52: «La sanzione penale della condotta di esaltazione o giustificazione di atti terroristici o dei loro autori richiede, come manifestazione di "incitamento all'odio", una situazione di rischio per le persone o per i diritti di terzi o per il sistema delle libertà».

⁴³ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3811>.



preservare quello ritenuto soccombente, non potendo annullarlo del tutto⁴⁴.

La libertà di espressione, sancita dal primo comma dell'articolo 10 citato costituisce uno dei fondamenti di una società democratica, una delle condizioni essenziali per il suo progresso e lo sviluppo di ogni individuo, ed essa si esplica non solo in riferimento alle "informazioni" o alle "idee" considerate inoffensive o indifferenti, ma anche a quelle che offendono, scandalizzano o preoccupano. Queste sono le richieste di pluralismo, tolleranza e apertura mentale senza le quali non esisterebbe - secondo la Corte Edu - una "società democratica"⁴⁵.

Tuttavia, tranne il conflitto con alcuni diritti fondamentali definiti assoluti e che non ammettono restrizioni, come il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Conv. Edu), talune interferenze o restrizioni alla libertà di espressione possono essere consentite in circostanze specifiche.

Il secondo comma dell'art. 10 Cedu stabilisce le condizioni in base alle quali le restrizioni o le interferenze con l'esercizio della libertà di espressione sono ammissibili ai sensi della Convenzione (occorre quindi accertare se fosse "prescritto dalla legge", ispirato a uno o più scopi legittimi ai sensi dell'art. 10, cpv. 2 e "necessario in una società democratica" per raggiungere tali obiettivi)⁴⁶, mentre l'art. 15 della Cedu prevede possibili deroghe in caso di emergenza.

Riprendendo gli esempi fatti in precedenza, l'incitamento all'odio razziale non può essere considerato scriminato dall'esercizio del diritto alla libertà di espressione, perché, così facendo, si lederebbe il diritto alla sicurezza di terzi (art. 5) e, in una prospettiva evolutiva, il rispetto alla vita privata, e il diritto a non vedere mortificate radici etniche e sociali di appartenenza o di credo religioso⁴⁷.

⁴⁴ Creando un così detto "diritto tiranno": cfr. V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 42.

⁴⁵ Corte EDU, 8 luglio 1986, *Ligens v. Austria*, ric. 9815/82, § 41.

⁴⁶ Capoverso però da interpretarsi restrittivamente: così sin dalla sentenza Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times v. Regno Unito*, ric. 6538/74, § 65; ID., 25 marzo 1985, *Barthold v. Germania*, ric. 8734/79, § 43, relativamente alle "interferenze" dell'autorità pubblica.

⁴⁷ Si veda il primo dei *consideranda* della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale conclusa a New York il 21 dicembre 1965 secondo cui lo Statuto delle Nazioni Unite è basato sui principi della dignità e dell'eguaglianza di tutti gli esseri umani, e che tutti gli Stati membri si sono impegnati ad agire, sia congiuntamente sia separatamente in collaborazione con l'Organizzazione, allo scopo di raggiungere uno degli obiettivi delle Nazioni Unite, e precisamente: sviluppare



La Corte Edu - in sostanza - nel prendere in considerazione l'„ingerenza” richiamata dall'art. 10 Cedu alla luce dei casi nel loro complesso⁴⁸, deve determinare se questa sia “proporzionata agli scopi legittimi perseguiti” e se le ragioni addotte dalle autorità nazionali per giustificarla siano “pertinenti e sufficienti”⁴⁹.

Precisando che il campo di applicazione del diritto non cambia quando è in conflitto con altri valori costituzionali, come gli interessi della società (sicurezza nazionale, ordine pubblico) o altri diritti in tensione fra loro, il conflitto fra questi non dovrebbe essere espresso dalla relativa previsione astratta, bensì dal modo in cui il diritto è esercitato e realizzato, ed è in questo ambito che la proporzionalità gioca il suo ruolo centrale⁵⁰.

La proporzionalità in senso stretto non prende in esame la relazione fra i risultati contemplati dalla legge e i mezzi adottati per il loro raggiungimento; piuttosto valuta il rapporto fra il risultato perseguito e i diritti umani focalizzati sul legame fra i benefici conseguiti attraverso l'attuazione del diritto in comparazione attraverso la limitazione degli altri.

Nondimeno, ai singoli Stati è lasciato un certo margine di discrezionalità nella definizione del “tipo” penale, sebbene gli “oggetti” del reato siano con una certa minuziosità elencati all'art. 3 della Direttiva Ue del 15 marzo 2017, n. 541 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo (e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio) e sia punibile come reato, se compiuta intenzionalmente, la diffusione o qualunque altra forma di pubblica divulgazione di un messaggio, con qualsiasi mezzo, sia online che offline, con l'intento di istigare alla commissione di uno dei reati di cui all'art. 3, par. 1, lett. da a) a i), se tale comportamento, direttamente o indirettamente, ad esempio mediante l'apologia di atti terroristici, promuova il compimento di reati di terrorismo, creando in tal modo il pericolo che uno o più di tali reati possano essere commessi (art. 5).

Secondo il *considerando* 10, questi crimini sono riconducibili alla

e incoraggiare il rispetto universale ed effettivo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione.

⁴⁸ Corte EDU, 23 settembre 1994, *Jersild c. Danimarca*, ric. 15890/89, § 31.

⁴⁹ Corte EDU, 8 luglio 1986, *Lingens c. Austria*, cit., § 40; ID., 22 febbraio 1989, *Barfod c. Danimarca*, ric. 11508/85, § 28.

⁵⁰ Cfr. **A. BARAK**, *Proportionality and Principled Balancing*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 4, 2010, p. 5.



“pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo e comprendono, tra l’altro, l’apologia e la giustificazione del terrorismo o la diffusione online e offline di messaggi o immagini, comprese quelle riguardanti le vittime del terrorismo, quale mezzo per raccogliere sostegno alle cause dei terroristi o intimidire gravemente la popolazione. Tale condotta dovrebbe essere punibile qualora comporti il pericolo che possano essere commessi atti terroristici. Per ogni caso concreto, nell’esaminare se sussista un siffatto pericolo, si dovrebbe tenere conto delle specifiche circostanze del caso, come l’autore e il destinatario del messaggio, nonché del contesto in cui l’atto è commesso. Nell’applicare la presente disposizione sulla pubblica provocazione conformemente al diritto nazionale, è opportuno tenere conto altresì dell’entità e della natura verosimile del pericolo”.

Dov’è chiaro che, se è ancora possibile predicare che il legislatore nazionale conserva una certa autonomia nello stabilire la conformazione dei reati (seppure in limiti sempre più stringenti), d’altra parte si esalta vieppiù una forte tensione fra gli organi domestici ed eurounitari istituzionalmente deputati a creare “delitti” e la giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia dell’Unione europea (attraverso la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea) a creare “diritti”.

L’esplorazione dell’esperienza giuridica peraltro rivela che non si tratta di una “singolarità” del diritto sovranazionale, essendo oramai pacifico che anche per giungere alla corretta creazione del “diritto” nostrano è necessario passare per il tramite di un’ulteriore operazione concettuale: la conformità della legge al diritto (giusto?)⁵¹.

Emerge in questo, come nei casi precedenti, la formulazione di un bilanciamento attraverso il ricorso al principio di proporzionalità. In sostanza, i giudici, per determinare se l’incriminazione in questione è “proporzionata” agli “scopi legittimi perseguiti” e se la discrezionalità legislativa per giustificarla è stata esercitata in modo ragionevole, devono compiere una valutazione sull’accertabilità e verificabilità dei fatti di incitamento adottati⁵². Non si tratta certamente di convertire reati di mera

⁵¹ Su questa accezione del significato del “rule of law”, cfr. **M. BARBERIS**, *Possono governare, le leggi? Il dilemma del Rule of Law*, in *Rule of Law. L’ideale della legalità*, a cura di G. PINO e V. VILLA, il Mulino, Bologna 2016, p. 19.

⁵² STC spagnolo, 21 agosto 2015, n. 177 (in *hj.tribunalconstitucional.es*): “I limiti ai quali è assoggettato il diritto alla libertà di espressione devono essere sempre soppesati con molto rigore, tenendo conto della posizione preferenziale che occupa la libertà di espressione, quando questa libertà è in conflitto con altri diritti o interessi fondamentali di significativa importanza sociale e politica tutelati dal diritto penale. A tal proposito, si



condotta in reati di evento, ma è operazione quanto mai necessaria e opportuna offrire una lettura in chiave realistica della fattispecie affinché non si assista a un'evaporazione dell'offensività intrinseca del comportamento, favorendo una tendenza verso un - pericoloso - reato di mero sospetto o verso un diritto penale dell'atteggiamento interiore.

6 - La crisi del bilanciamento: la nascita dei "super-diritti" e il ricorso al principio di proporzionalità

Nella dottrina costituzionalista esiste un consistente orientamento secondo cui i conflitti fra diritti fondamentali sono sostanzialmente (se non radicalmente) distinti dalle antinomie o contraddizioni normative classiche. Si può dire, altresì, che gli Autori e la giurisprudenza sono divisi fra coloro che negano il conflitto e affermano che non esistono vere e proprie collisioni o contraddizioni normative fra i diritti fondamentali, essendo il problema in fondo solo apparente, e coloro che, al contrario, difendono la proporzionalità⁵³. A ben vedere queste posizioni sono solo apparentemente antitetico, basandosi la soluzione dell'antinomia sulla prevalenza di una norma rispetto a un'altra attraverso un giudizio di adeguatezza, mentre il giudizio di bilanciamento ha alla base un conflitto fra diritti che può concludersi - in genere - con la prevalenza - nel caso di specie - dell'uno sull'altro. Si afferma generalmente che non vi è una gerarchia fra i principi, potendosi solo stabilirsi una relazione di prevalenza condizionata, dipendente dal caso concreto⁵⁴. Qui, anche secondo le indicazioni della giurisprudenza, entra in gioco il principio di proporzionalità che possiamo riassumere seguendo i criteri utilizzati dal Tribunale Costituzionale tedesco, recepiti, per quanto a nostra scienza,

sottolinea che, quando ciò accade, tali limitazioni devono essere sempre interpretate in modo tale da non snaturare il diritto fondamentale alla libertà di espressione"; ID., 28 luglio 2016, n. 112.

⁵³ Cfr. **P. COMANDUCCI**, *Forme di (neo)costituzionalismo: una analisi metateorica*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, a cura di T. MAZZARESE, Giappichelli, Torino, 2002, p. 71 ss.; **G. PINO**, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 56(1), 2011, p. 965 ss.

⁵⁴ Taluno ha sostenuto che la Corte di giustizia dell'Unione europea, di fronte a dei beni in conflitto, non stabilisce una gerarchia fra valori, bensì cerca di bilanciarli. Cfr. **J. BENGOTXEA-N. MACCORMICK-L. MORAL SORIANO**, *Integration and integrity in the legal Reasoning of the European Court of Justice*, in *The European Court of Justice*, a cura di G. DE BÚRCA, J.H.H. WEILER, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 43 ss.



dalla giurisprudenza costituzionale spagnola e dalla Corte EDU⁵⁵. Com'è noto, il principio di "proporzionalità" (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) si articola in tre sub-principi: il principio di idoneità; il principio di necessità e il principio di proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).

Il principio di proporzionalità si pone, in ambito europeo, come criterio sussidiario e generale, nel momento in cui tramite esso è possibile dotare del crisma della legittimità quegli atti eurounitari atipici, per i quali i trattati non prevedano una tipologia specifica (art. 296 TFUE), dando l'idea che si tratti di un requisito onnipresente in tutte le fasi dell'operato delle istituzioni europee, costituente, infatti, ben prima della sua positivizzazione, il *Rule of Law* in materia di diritti fondamentali, così come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte Edu, almeno a partire dal 1993⁵⁶.

L'art. 83.2 TFUE, ancorché indirettamente, prevede, al fine di garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore oggetto di misure di armonizzazione e ciò sia indispensabile, la possibilità di stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni che saranno poste alla base della futura direttiva. Si assiste, nella formulazione dell'art. 5 TUE, alla creazione di un parallelismo fra sussidiarietà eurounionale e proporzionalità, legittimando così l'intervento sovranazionale nella materia penale domestica. Ciò accade principalmente qualora l'azione statale si sia rivelata insufficiente (*id est*, inadeguata) a conseguire lo scopo, sia a livello centrale che regionale o locale, purché l'intervento dell'Unione sia (oltre che sussidiario anche) proporzionato⁵⁷.

Non vi è quindi coincidenza fra la proporzionalità sviluppata a livello di Corte di Giustizia UE e il medesimo concetto abbracciato dalla Corte Edu, inteso dalla prima in senso più rigoroso, come obbligo di risultato e non, come generalmente avviene, focalizzata sui mezzi,

⁵⁵ Cfr. **H. SCHNEIDER**, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten. Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodells*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1979; **R. HESS**, *Grundrechtskonkurrenzen. Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

⁵⁶ Corte Edu, 25 febbraio 1993, *Funke v. Francia*, serie A n. 256-A, richiamato da **C. GRABENWARTER-K. PABEL**, *Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch*, 6^a ed., Beck Verlag, München, 2016, p. 146 e nota.

⁵⁷ In argomento, cfr. **R. LAHTI**, *Towards a principled European criminal policy: some lessons from the Nordic countries*, in *EU Criminal Law and Policy. Values, Principles and Methods*, a cura di J.B. BANACH-GUTIERREZ, C. HARDING, Routledge, London, 2017, p. 58 s.



riproponendo di fatto la distinzione fra “proporzionalità” e “proporzionalità in senso stretto”⁵⁸.

Le difficoltà maggiori si incontrano nella discrezionalità giudiziale e nella valorizzazione che i giudici compiono per stabilire la prevalenza di un diritto su di un altro, con ciò incorrendo in un pericoloso “vuoto” normativo. In altri termini: i diritti fondamentali possono affrontare il banco di prova del giudizio di bilanciamento basato sulla ragionevolezza della prevalenza di un diritto sull’altro, ma allo stesso tempo devono essere in ogni caso salvaguardati: il punto di equilibrio sta nel ritenere comunque valido il diritto non applicato, *id est* non ritenuto ragionevolmente prevalente⁵⁹ e, quindi, il bilanciamento appare come un procedimento teso a delimitare in modo più preciso l’ambito di applicazione di ciascun diritto o principio coinvolto.

Il “test di proporzionalità” si applica sia ai limiti sociali (legali) sia ai limiti funzionali di un diritto del cittadino. I criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte Edu possono essere individuati in tre: *a*) lo Stato deve dimostrare che la norma indiziata di illegittimità persegue un fine legittimo e che il bene protetto sia meritevole di tutela⁶⁰; *b*) deve dimostrare altresì l’esistenza di una relazione razionale di proporzionalità fra i mezzi impiegati e le finalità perseguite; *c*) deve altresì dimostrare che non esiste altra misura che, per raggiungere il medesimo scopo, leda un diritto soggettivo nella misura minore possibile, che sia quindi meno gravosa per il singolo al quale viene limitato l’esercizio di un diritto legittimo⁶¹.

La Corte Edu si limita a esaminare il secondo aspetto e, in genere, glissa sul primo e sul terzo, nonostante tutti e tre i criteri costituiscano insieme il citato “margine di apprezzamento” dello Stato. In relazione al

⁵⁸ Si veda la formulazione originaria della gradazione (progressione) fra “*Verhältnismäßigkeit*” e “*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*” di P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, Heymann, Köln, p. 19 s., e il successivo chiarimento concettuale a opera di E. GRABITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1973, p. 570 s.; REUTER T., *Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne - das unbekannte Wesen*, in *Jura*, 2009, p. 511 ss., e *ivi* ulteriori citazioni.

⁵⁹ Questo il filo conduttore del pensiero di M. HONG, *Abwägungsfeste Rechte*, cit. Sul bilanciamento “ragionevole”, cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2013.

⁶⁰ Corte EDU, Grande Camera, 6 aprile 2000, *Thlimmenos v. Grecia*, ric. n. 34369/97, §§ 42-47; Id., 10 giugno 2009, *Glor v. Svizzera*, ric. n. 25762/07.

⁶¹ Corte EDU, *Glor v. Svizzera*, cit., per il caso di bilanciamento in ragione di una disabilità.



primo criterio, il concetto tutto sommato indeterminato del “fine obiettivo e legittimo” sarà interpretato dal giudice e si concretizzerà alla luce delle circostanze concrete del caso. Lo stesso è da dirsi per il secondo criterio: sarà nuovamente il giudice che deciderà, utilizzando i classici metodi dell’argomentazione giuridica, come quello di proporzionalità e di bilanciamento, se esista una relazione ragionevole di proporzionalità fra i mezzi impiegati e la finalità perseguita.

In relazione al terzo criterio, come parte del concetto di proporzionalità, la Corte esamina se la restrizione del diritto soggettivo o la applicazione della norma generale senza ammettere eccezioni, comporti un sacrificio eccessivo del suo diritto. Secondo la Corte

“una differenza di trattamento è discriminatoria ai sensi dell’articolo 14 Cedu, se non ha alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole. L’esistenza di una tale giustificazione deve essere valutata in relazione allo scopo e agli effetti della misura in questione e ai principi che normalmente prevalgono nelle società democratiche. Una disparità di trattamento nell’esercizio di un diritto sancito dalla Convenzione non deve perseguire solo uno scopo legittimo: l’art. 14 sarà violato anche quando è chiaramente stabilito che non esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito da realizzare”⁶².

Per tanto, coniugato con il concetto prima esaminato di “discriminazione indiretta”, il principio di proporzionalità aiuta a rilevare se l’effetto della norma è sproporzionato e, in caso positivo, obbligherebbe lo Stato ad adottare una soluzione che flessibilizzi la norma per evitare un impatto negativo sui cittadini. La norma può essere formulata in modo neutro (consistendo o meno in una restrizione), però potrebbe essere indirettamente discriminatoria se i suoi effetti impongono difficoltà particolari per una cernita di individui⁶³.

Il fine del “test di proporzionalità” è di individuare e impedire una differenza di trattamento ingiustificabile basata sugli effetti discriminatori indiretti della norma neutra. Per evitarlo si deve paradossalmente concedere al cittadino uno speciale trattamento di favore, basandosi sul principio che l’uguaglianza richiede di trattare differentemente casi diversi, realizzando così un adattamento della norma⁶⁴. Ciò richiede altresì di definire il bene giuridico

⁶² Corte Edu, *Glor v. Svizzera*, cit., § 72; ID., 19 febbraio 2013, *X et Alii v. Austria*, ric. 19010/07, § 98.

⁶³ Corte Edu, 19 febbraio 2013, *X et Alii v. Austria*, cit.

⁶⁴ Corte EDU, 6 aprile 2000, *Thlimmenos v. Grecia*, ric. 34369/97, § 44.



costituzionalmente protetto e se il mezzo impiegato è adeguato al fine perseguito; ed è questa una tecnica di risoluzione dei conflitti solo di recente sistematizzata dalla Corte Edu.

Il bilanciamento viene così operato fra il margine di discrezionalità dello Stato, i limiti ai diritti presenti nella Convenzione Edu e il “compelling state interest” della giurisprudenza nord-americana. A seguito dell’analisi del materiale giurisprudenziale richiamato, si può concludere che la Corte Edu è più incline a difendere i diritti culturali a sostegno di alcune minoranze, come ad esempio i Rom, senza tuttavia essere incline alla difesa della libertà religiosa, neanche verso soluzioni compromissorie che tutelino la libertà positiva di manifestare la religione, palesando vere e proprie chiusure qualora ad esempio si lamenti che determinati programmi di insegnamento scolastico contrastino con taluni precetti confessionali.

Giurisprudenza non uniforme, dicevamo, e a tratti contraddittoria⁶⁵, che tuttavia ha offerto l’occasione alla Corte di utilizzare i termini di “ragionevole accomodamento” (accommodement) o arrangiamenti o “adattamenti” (aménagement), in materia di giudizio di proporzionalità. Detto in altri termini: la proporzionalità di una misura presuppone che, tra i diversi mezzi che consentono di raggiungere lo scopo legittimo perseguito, le autorità scelgano quello meno lesivo dei diritti e delle libertà. In quest’ottica, la ricerca di un ragionevole accomodamento della situazione controversa può, in alcune circostanze, rappresentare un mezzo meno restrittivo per raggiungere l’obiettivo perseguito⁶⁶.

La Corte ricorda che la libertà religiosa attiene certamente alla sfera personalissima dell’individuo, e implica anche la libertà di professare la propria religione, privatamente, collettivamente, in pubblico e nella cerchia dei correligionari. Tuttavia l’art. 9 Cedu non tutela qualsiasi atto motivato o ispirato da una religione o da un credo, cedendo inesorabilmente di fronte a interessi super individuali (se non addirittura semplicemente “pubblici”) come il funzionamento della giustizia e il rispetto del principio della ragionevole durata del procedimento⁶⁷.

È pur vero che la Convenzione Edu non riconosce in modo esplicito

⁶⁵ Per tutte Corte EDU, 29 giugno 2007, *Folgerø et Alii v. Norvegia*, ric. 15472/07, § 98 ss.

⁶⁶ Cfr. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, *Aménager la diversité: le droit de l’égalité face à la pluralité religieuse*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 78, 2009, pp. 325-333.

⁶⁷ Corte EDU, sez. II, 3 aprile 2012, *Sessa v. Italia*, ric. 28790/08, § 38.



il diritto all'identità culturale, nonostante esista la Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali del 1995⁶⁸, ma la Corte ha sviluppato, nei numerosi casi presi in considerazione, una giurisprudenza nella quale si stabiliscono certi contenuti in riferimento ai diritti culturali in senso ampio, in relazione con altri diritti. Senza tacere altresì che la qualifica di "pubblico" relativa a un interesse non è sufficiente per ritenere soccombente il diritto di una persona a manifestare liberamente il proprio credo, risolvendosi in un'autentica petizione di principio tesa a concludere per la creazione di diritti "deboli" rispetto ai diritti "forti" o "rinforzati" espressamente previsti dalla Cedu.

I termini del discorso non mutano e, di conseguenza, le critiche formulabili nemmeno di fronte al riconoscimento della prevalenza del diritto alla libertà religiosa, intesa come interesse oppositivo, nel caso della hostess *Eweida*, licenziata per aver appuntato una croce sulla divisa della British Airways, in violazione delle direttive della compagnia sul "dressing code" degli impiegati⁶⁹, lasciando intendere che un bilanciamento è possibile solo se si tratta di interessi "privati", mentre è rimessa all'etichettatura del legislatore (non scevra da arbitrii) la qualifica di "pubblico", per sottrarre eventuali comportamenti discriminatori al divieto dell'art. 14 Cedu.

⁶⁸ Cfr. **AA. VV.**, *Federalism and Multiethnic States: the Case of Switzerland*, a cura di L.R. BASTA FLEINER, T. FLEINER, 2^a ed., Institut du fédéralisme, Fribourg, 2000; **A. FENET, G. KOUBI, I. SCHULTE-TENCKHOFF, T. ANSBACH**, *Le droit et les minorités*, 2^e ed., Bruylant, Bruxelles, 2000; *Multinational Democracies*, a cura di A.G. GAGNON, J. TULLY, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; **AA. VV.**, *Appartenances, institutions et citoyenneté*, a cura di P. NOREAU, J. WOEHRLING, Wilson & Lafeur, Montréal, 2005; **T.H. MALLOY**, *National Minority Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

⁶⁹ Corte EDU, sez. IV, 27 maggio 2013, *Eweida et Alii v. Regno Unito*, ric. nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10; ID., sez. IV, 29 settembre 2010, *Chaplin et Alii v. Regno Unito*, ric. nn. 48420/10 and 59842/10.