

INDICE

INTRODUZIONE	5
---------------------------	---

CAPITOLO I. I REATI DI OPINIONE E IL DIRITTO PENALE

1. Un'aporia nel sistema penale moderno: i reati di opinione	10
2. Il fondamento politico-criminale del diritto penale moderno.....	14
2.1. <i>La funzione critico-garantista: materialità ed offensività</i>	18
2.2. <i>Il diritto penale come extrema ratio</i>	26
3. La “portata” e il “peso” della libertà di espressione	30
4. Le “costanti” e le “variabili” del diritto penale	34
5. I reati di opinione.....	37
5.1. <i>La nozione</i>	39
5.2. <i>La genesi storica</i>	43
5.3. <i>La problematicità: determinatezza, sproporzione edittale e offensività</i>	46
5.4. <i>I reati di opinione come reati di pericolo?</i>	49
5.5. <i>I meriti e i limiti della riforma del 2006</i>	51

**CAPITOLO II. IL NEGAZIONISMO E IL DIRITTO PENALE:
TRA SPINTE INCRIMINATRICI UE E PRINCIPI
FONDAMENTALI CEDU**

1. La fattispecie di negazionismo: concetto e origini	55
<i>1.1. Negazionismo vs. revisionismo</i>	59
2. Dal negazionismo come concetto al negazionismo come reato: l'“antinegazionismo giuridico”	61
<i>2.1. La prima stagione di repressione penale del negazionismo</i>	68
<i>2.2. Giurisprudenze costituzionali a confronto</i>	72
3. Le fonti internazionali in materia	75
4. Le spinte incriminatrici UE	79
<i>4.1. L'evoluzione</i>	79
<i>4.2. La Decisione quadro e la seconda stagione di penalizzazione del negazionismo</i>	82
<i>4.3. Gli effetti di armonizzazione della Decisione quadro</i>	88
5. I principi fondamentali CEDU.....	91
<i>5.1. I tre stadi evolutivi della Corte EDU tra libertà di espressione, abuso di diritto e protezione della democrazia</i>	93
<i>5.2. La soluzione del caso Perinçek</i>	100
<i>5.3. Verso una quarta fase della giurisprudenza europea</i>	104

CAPITOLO III. IL "VOLTO" ITALIANO DEL REATO DI NEGAZIONISMO

PARTE I. L'intervento penale nel fenomeno negazionista: "il diritto penale moderno" sotto tensione

1. Il <i>mainstream</i> penalistico.....	109
2. Un primo asse di tensione: il principio di offensività.....	112
2.1. <i>Quale offesa e di quale bene giuridico? Tra ordine pubblico, memoria, verità e dignità</i>	114
2.2 <i>Il rapporto con il principio di legalità penale nel suo corollario di sufficiente determinatezza della fattispecie</i>	124
3. Un secondo asse di tensione: “assoluto” e “relativo” nella libertà di manifestazione del pensiero.....	126
4. Un terzo asse di tensione: la funzione della pena e i principi di proporzionalità ed <i>extrema ratio</i>	128

PARTE II. La situazione dell'ordinamento italiano: *de iure condito* e *de iure condendo*

1. Una breve panoramica di diritto penale comparato.....	135
2. L'Italia: una fattispecie per lungo tempo assente	140
3. La soluzione del 2016.....	148

3.1. Un “unicum” nel diritto penale comparato per la sua natura circostanziale.....	150
3.2. La tesi del “titolo autonomo di reato”	155
3.3. Gli elementi della fattispecie: analisi.....	156
3.4. L'emendamento 1.401 (c.d. D'Ascola).....	163
3.5. Le divergenze con la disciplina europea	166
4. Le criticità della nuova aggravante.....	168
4.1. Il piano dell'opportunità politico-criminale	169
4.2. Il piano tecnico-formale	173
4.3. Un intervento penale “simbolico”	175
5. Prospettive <i>de iure condendo</i> : per una tutela non penale della storia	179
BIBLIOGRAFIA	190
GIURISPRUDENZA	204

INTRODUZIONE

Il negazionismo costituisce reato. Questo il punto di partenza del lavoro. Semplice, ma capace di aprire diverse questioni che semplici non sono affatto.

Dinanzi ai fenomeni di negazionismo numerosi ordinamenti, l'Unione Europea con una Decisione Quadro e recentemente anche l'Italia, con l'introduzione di un'aggravante, hanno previsto la punibilità di condotte che "negano, minimizzano, giustificano, contestano" la Shoah e/o altri crimini di genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità.

Di immediata evidenza la complessità di tale scelta incriminatrice, sia per la limitazione che in questo caso subisce la libertà di espressione, sia per l'interazione profonda tra storia e strumento penale.

Al di là dell'indignazione nell'opinione pubblica nei confronti di queste affermazioni gravi ed urticanti e al di là della richiesta di giustizia e verità da parte delle vittime e delle comunità offese, assai problematici, sul versante penalistico, sono l'individuazione di un bene meritevole di tutela e di criteri che possono aiutare a vagliare la legittimità dell'opzione punitiva sul diritto fondamentale, nonché la tecnica di costruzione della fattispecie. Punti di partenza, che indicano un problema pressante, ma che sono lontani dal fornire strade sicure per risolverlo.

Riemergono, dunque, vecchie questioni, reati di opinione e tutela dei diritti fondamentali, ma in uno scenario profondamente mutato, anche per il sistema penale. In un contesto multiculturale e aperto, segnato da una pluralità di fonti, il diritto penale viene individuato, e sempre di più, come strumento per rispondere a quei timori derivanti dal venire meno di valori validi per tutti e per assicurare l'opinione pubblica dinanzi a fenomeni allarmanti. Tra questi, anche, i fenomeni razzisti e i proclami negazionisti che ne costituiscono uno degli aspetti.

I conflitti culturali e politici, che lo spazio pubblico non appare più in grado di portare a soluzione – ma solo di dibattere all’infinito –, sono trasformati in controversie giudiziarie. Il processo penale si carica di funzioni ulteriori e che vengono a prevalere su quelle che gli sono proprie, per il perseguimento di fini politici.

Il rischio è quello di una giuridicizzazione della politica e della storia, con il suo specularlo: quello della politicizzazione e storicizzazione della giustizia. Rimasta l’unica morale pubblica davvero comune, il diritto (soprattutto quello penale) vede concentrarsi su di sé le più diverse richieste. Anche quella di “fare ordine” nella memoria di eventi costitutivi per i principi condivisi delle nostre società, ma che vanno sempre più appiattendosi e confondendosi. La perenne situazione d’incertezza spinge verso una richiesta di più diritto, ponendo lo strumento penale al centro dei processi di mondializzazione.

Il processo penale diviene così spazio di memoria; la storia e i valori che quest’ultima garantisce escono dallo spazio della ricerca e della politica per entrare in quello dei codici e delle aule giudiziarie. La sentenza è chiamata a fermare il significato di eventi che erano esperienze fondanti e si trovano ora avvolti in una dimensione mobile, sempre più sbiaditi. I giudici vi fissano una verità che possa sfuggire alla dialettica delle varie ricostruzioni storiche e alla messa in discussione degli eventi favorita dal venir meno della generazione che li aveva vissuti.

Tuttavia, non c’è una sola memoria, ci sono delle memorie. E questa molteplicità difficilmente può essere riprodotta e contenuta nella norma o nel processo penale.

Ipertraffica della legge e della sentenza, dunque. Anche in questo campo, quello dell’elaborazione del passato, un passato tanto vicino da sconfinare nel presente, quando si tratta della memoria di violazioni gravi dei diritti umani.

La fattispecie di negazionismo ben si colloca in questo panorama. Essa è attualmente strutturata in molti ordinamenti (anche in Italia con la “nuova” aggravante) in modo tale da far intervenire i giudici sulla storia molto più di quanto sia mai accaduto prima. L’espansione è qui duplice: nello spazio, perché i negazionisti trovano nella rete, sconfinata ed incontrollabile, un mezzo ideale per difendere le proprie tesi; ma anche, nel tempo, perché combattere il negazionismo comporta un’espansione delle competenze a momenti anche molti remoti, a fatti rispetto ai quali non si giudica nessuna condotta direttamente compiuta, ma il racconto che di quelle si dà oggi.

A venire compreso è allora il diritto alla libertà di espressione in nome di altri diritti, alle spalle dei quali stanno beni molto più difficilmente afferrabili.

Paradossi e aporie accompagnano i percorsi di questa fattispecie incriminatrice. Essa dovrebbe tutelare l’iscrizione di fondamentali diritti politici – memoria e rifiuto del totalitarismo – nel patto fondante. Tuttavia col ricorso alla sanzione criminale, per il suo carattere invasivo e la sua carica simbolica, si rischia di indebolire il medesimo patto dal lato di altri diritti altrettanto fondamentali, come la libertà di espressione. Inevitabilmente.

La riflessione sul negazionismo come reato pone dunque di fronte a nodi molto complessi, in cui si intrecciano questioni riguardanti le tecniche di tipizzazione delle fattispecie, l’intervento del giudice nella ricostruzione storica e la formulazione di nuovi diritti come quello “alla verità”.

Categorie obsolete, che si ritenevano abbandonate, riemergono per rispondere ad esigenze del tempo presente. E il diritto penale assume un posto centrale proprio nella tutela e costruzione del patto giuridico, costituente delle nostre società, ora aperte a tante culture.

Quello che, per eccellenza, era “diritto che mantiene” si fa, ora, “diritto che pone”: limitando il diritto essenziale della libertà di espressione, si finisce per fissare un passato che non deve passare.

CAPITOLO I

I REATI DI OPINIONE E IL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Un'aporia nel sistema penale "moderno": i reati di opinione – 2. Il fondamento politico-criminale del diritto penale "moderno" – 2.1. La funzione critico-garantista: materialità ed offensività– 2.2. Il diritto penale come *extrema ratio* – 3. La "portata" e il "peso" della libertà di espressione – 4. Le "costanti" e le "variabili" del diritto penale – 5. I reati di opinione – 5.1 La nozione – 5.2 La genesi storica – 5.3. La problematica – 5.4. I reati di opinione come reati di pericolo? – 5.5. I meriti e i limiti della riforma del 2006

1. Un'aporia nel sistema penale moderno: i reati di opinione

Il nostro ordinamento giuridico è segnato da una vistosa contraddizione: da un lato esso si fonda sul riconoscimento dell'autonomia politica individuale; dall'altro tollera, nel vigente sistema penale, la sopravvivenza di puri reati d'opinione¹. Si tratta di fattispecie riconducibili a manifestazioni di pensiero che, in quanto lesive di interessi, si considerano meritevoli di una risposta penale.

La persistenza, nel nostro diritto penale, di norme incriminatrici di reati cosiddetti di parola² rappresenta un'aporia della quale, evidentemente, non riusciamo a liberarci. John Stuart Mill con tutta probabilità rimarrebbe sorpreso del fatto che oggi in Italia, e non solo, le cose non stiano granché diversamente da come lui, riferendosi al sistema britannico, le descriveva quasi centocinquanta anni fa³. 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, oggi non possiamo non dirci liberali, e infatti diciamo di stimare la libertà degli individui come fondamento del nostro sistema di valori, incentrato nella Carta costituzionale ed in numerose Carte internazionali dei diritti⁴.

La contraddizione è ancora “viva” ed appare confermata e, per certi versi rafforzata, recentemente, dalla novella penalistica introdotta con la legge n. 115 del 16 giugno 2016. Quest'ultima, recependo il provvedimento

¹ Come rileva FIORE C., *I reati di opinione*, Cedam, Padova, 1972, 11.

² L'espressione *reati di parola* risulta dal testo rivisto dell'intervento di INSOLERA G., FRONZA E., GAMBERINI A. presentato all'incontro di studio “*La negazione punita*”, tenutosi a Bologna il 19 ottobre 2016, e organizzato dalla Scuola di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Scienze giuridiche “A. Cicu” dell'Università di Bologna.

³ JOHN STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it. della quarta edizione a cura di MOLLICA G., Milano, 2000, p. 105: “E' 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 ralleghiamoci di essere ormai liberi anche dalla macchia della persecuzione legale. Esistono ancora sanzioni legali contro le opinioni, o perlomeno contro l'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”.

⁴ Così SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 689 ss.

approvato l'8 giugno 2016 in seconda lettura alla Camera, inserisce un nuovo comma 3 *bis* nella legge n. 654 del 1975 avente ad oggetto il c.d. negazionismo, punito con la pena della reclusione da due a sei anni⁵. Se il negazionismo è un fenomeno in continua espansione, la reazione intrapresa al fine di contrastarlo sembra espandersi allo stesso modo, in linea con una diffusa tendenza alla criminalizzazione di manifestazioni del pensiero che ribaltano in modo urticante e offensivo consolidate acquisizioni storiche⁶. La disposizione italiana si spinge addirittura oltre, punendo non solo, in modo esplicito, la negazione della Shoah, ma anche dei crimini internazionali qualificati giuridicamente con rinvio allo Statuto di Roma della Corte penale internazionale. Dunque, anche il nostro legislatore ha “ceduto” all'introduzione di una disposizione penale, forse, più in contrasto che altrove con la libertà di espressione⁷.

Si noti come, nel nostro ordinamento penale, la creazione di questo nuovo tipo di “reato d'opinione”⁸ si innesti nell'ambito della legge n. 654 del 1975, la quale era stata recentemente modificata con la legge n. 85 del 24 febbraio 2006. Quest'ultima novella penalistica⁹ nella parte in cui ha ad oggetto, quello che potremmo chiamare, il sistema dei reati d'opinione, avrebbe dovuto costituire – quali che fossero le sue motivazioni politiche contingenti – un tentativo di superare finalmente quell'aporìa. Evidentemente, lo sforzo non è riuscito del tutto; ancora, al giorno d'oggi, il legislatore, per esigenze di volta in volta diverse, continua a inciampare

⁵ V., tra gli altri, LO FIEGO M., *Il nuovo reato di negazionismo: arma a doppio taglio?*, in *Salvis Juribus (ed. web)*, 19 ottobre 2016; per un'analisi più completa sulla nuova aggravante V., *infra*, Cap. III, Parte II.

⁶ In questo senso v. DELLA MORTE G., *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in “*Blog della Società italiana di diritto internazionale e di diritto dell'Unione Europea*”, giugno 2016.

⁷ Cfr., in tal senso, SCOTTO ROSATO A., *Osservazioni critiche sul nuovo reato di negazionismo* in *Diritto penale contemporaneo (rivista trimestrale 3/2016)*, 10 gennaio 2017.

⁸ Per la configurazione della nuova aggravante di negazionismo come reato d'opinione cfr., tra gli altri, GALAZZO G., *Reato di negazionismo e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giurisprudenza penale*, settembre 2016.

⁹ Per un'analisi più completa della l. n. 85 del 24 febbraio 2006 v., *infra*, par. 5.5., Cap. I.

nella “trappola” dei reati di opinioni¹⁰, determinando una caduta dei valori che ispirano, o almeno dovrebbero ispirare, il diritto penale della nostra modernità quale “*Magna charta libertatum*” del reo.

Letto in questa prospettiva, il tema del cosiddetto negazionismo come *species* del più ampio *genus* dei reati di opinione è soltanto uno fra i tanti in cui la questione degli ambiti di estensione della sfera penale si articola. L’argomento ha riportato in primo piano il problema di ciò che, nell’ambito della vita civile e sociale, si dovrebbe riconoscere lecito e ciò che si dovrebbe rendere illecito¹¹: ossia la questione della giustificazione del diritto penale, ovvero del diritto e del dovere statale di punire, e dei limiti di tale diritto-dovere.

La dissertazione sulla potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati, e di come contenerla e limitarla, è certo riflessione antica, ed è un vecchio problema della nostra civiltà liberale. Oggi, per la cultura giuridica occidentale, all’interno delle democrazie costituzionali, costituisce – sotto l’effetto dei radicali cambiamenti che si manifestano nel mondo contemporaneo – uno dei punti più critici e delicati della questione politico-criminale¹². Coinvolge la perenne dialettica fra diritto e politica, diritto penale e democrazia; tra ciò che è ontologicamente, o naturalisticamente, delitto e ciò che è tale per mera creazione politico-sociale; tra efficienza repressiva e limitazione della coercizione (due esigenze in reciproca tensione, e talvolta in aperto conflitto tra loro) e, in radice, tra diritto penale e morale. Le ragioni, cioè, antiche e recenti, di quello che all’interno di una moderna democrazia liberale il legislatore può legittimamente e giustamente punire (la c.d. legittimazione sostanziale del

¹⁰ L’espressione, particolarmente pregnante, si legge in LEOTTA C.D., *In gazzetta ufficiale la legge che da rilevanza penale al negazionismo*, in *Quotidiano Giuridico (ed. web)*, 29-06-2016.

¹¹ In argomento, cfr. MERLI A., *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 8 ss.

¹² In questo senso sempre MERLI A., *op. cit.*, 34.

punire) e quello che deve lasciare impunito¹³. Insomma, un problema che va al cuore del diritto penale, e che investe le scelte politiche relative ai contenuti, ovvero al “che cosa punire”, ma anche le scelte concernenti il “perché punire” ed il “come punire”.

La questione della giustificazione della coercizione penale e della sua legittimazione razionale è parte di un tema più ampio, definibile della “non arbitrarietà” delle leggi¹⁴ e, in una prospettiva ancora più larga, della “qualità” del diritto. Uno di quegli eterni problemi, da sempre oggetto di riflessione filosofica e politica, sul quale il dibattito non è mai del tutto sopito. Il problema concerne nel diritto penale la tutela della dignità della persona e dei suoi diritti fondamentali nella convivenza civile, e tocca il difficile rapporto della filosofia con la politica, della teoria con la prassi, dell’intellettuale con il potere.

Il tema della persistenza dei reati di opinione in un ordinamento democratico e quello collegato, suscitato della recente introduzione dell’aggravante di negazionismo è, quindi, sicuramente, ricco di problematicità in connessione non solo al concetto e ai valori del diritto penale dei moderni, ma anche in rapporto al significato più profondo della democrazia politica. Di conseguenza, la relativa indagine deve allargare l’orizzonte, non riducendo, così, il discorso giuridico al solo dover essere, separato dal suo oggetto e dalle discipline complementari, e consentendo, in questo modo, di aspirare a dare una giustificazione al diritto di punire, come pure al fondamento della pena moderna, invece di una legittimazione solo formale¹⁵.

¹³ V. FIORE, *op. cit.*, 12 ss.

¹⁴ Ad esempio, “è tirannica e arbitraria una legge che commina una pena non determinata da assoluta necessità”: MONTESQUIEU, *Espiri des Lois*, XIX, in *Oeuvres Completes*, tomo II, ed. a cura di R. Caillois, Gallimard, Paris 1958, p. 565.

¹⁵ In questo senso MERLI A., *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

2. Il fondamento politico-criminale del diritto penale moderno

Prima di approfondire i principali caratteri dei reati di opinioni e della nuova aggravante di negazionismo e delinearne le problematichità, appare fondamentale rimarcare alcuni aspetti che caratterizzano il diritto penale della nostra modernità, conquista degli ordinamenti democratici attuali. Si tratta di quelle caratteristiche e funzioni che devono, o meglio dovrebbero, costituire le linee guide per le scelte politiche-criminali del legislatore di un ordinamento penale moderno; direttrici che sembrano cedere e subire una pesante “battuta di arresto” rispetto al delicato terreno dei reati di opinione, la cui stessa esistenza mostra un’aporìa insanabile interna all’ordinamento.

È quindi necessario partire *ab origine*, da quelle nozioni di teoria generale del reato, la cui comprensione, a parere di chi scrive, risulta imprescindibile per cogliere in maniera consapevole e attenta la portata e la ricaduta dell’estensione del diritto penale anche a manifestazioni di pensiero.

Tradizionalmente, dal punto di vista giuridico formale, si definisce reato “ogni fatto umano cui la legge ricollega una sanzione penale”¹⁶. Nell’ordinamento vigente, sono “sanzioni penali” la pena e la misura di sicurezza: sia l’una, che l’altra misura tendono, infatti, al comune e duplice obiettivo di difendere la società dal delitto e di risocializzare il delinquente. Il riferimento alla natura della sanzione comminata serve anche a individuare le leggi penali rispetto alle altre leggi contenute nell’ordinamento: in questo senso, sono appunto definibili leggi penali quelle che riconnettono sanzioni penali alla commissione di determinati fatti.

Reato, pena e misura di sicurezza costituiscono, dunque, i tre pilastri su cui poggia l’edificio del moderno diritto penale.

¹⁶ In argomento FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale parte generale*, Zanichelli Editore, sesta edizione 2009, p. 147.

Questa definizione è di natura formale, perché si limita ad indicare i fatti che costituiscono reato per un determinato ordinamento positivo. Nel fornire tale indicazione, la definizione accennata fa leva non sulla natura dei fatti assunti ad oggetto di disciplina, bensì sul modo col quale l'ordinamento reagisce nei confronti degli autori dei fatti medesimi¹⁷.

La definizione del reato come fatto cui la legge ricollega una sanzione penale, per quanto fondamentalmente corretta, appare tuttavia insufficiente. Chi intenda oggi delineare il concetto di reato secondo il nostro ordinamento, non può – pur rimanendo nei limiti di un approccio “formale” – prescindere dall'insieme dei principi, che la Costituzione esplicitamente prevede come propri della materia penale¹⁸.

Alla stregua dei predetti principi, l'illecito penale presenta, infatti, alcune peculiari caratteristiche, che sono sufficienti, tra l'altro, per differenziarlo dall'illecito civile e, seppure con maggiori affinità, dall'illecito amministrativo.

Innanzitutto specificità dell'illecito penale è il fatto di essere di creazione legislativa perché, in omaggio al principio del *nullum crimen sine lege*, soltanto una legge “in senso stretto” può disciplinarne gli elementi costitutivi (art. 25, comma 2, Cost.); fonti di livello secondario possono soltanto contribuire a specificare elementi già legislativamente predeterminati nel nucleo significativo essenziale¹⁹. Va ricordato che il principio di legalità ha una genesi non strettamente penalistica, ma

¹⁷ V. MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, Cedam, nona edizione, 2015.

¹⁸ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, Zanichelli Editore, sesta edizione novembre 2009, p. 147.

¹⁹ In tal senso FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., p. 59, per i quali nessun problema di violazione di riserva di legge suscita quell'apporto della fonte secondaria che si limiti a specificare, da un punto di vista tecnico, elementi del fatto già contemplati dalla legge che configura il reato. In generale v. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, 38 ss. Per il delicato problema, molto dibattuto in dottrina e giurisprudenza, legato alla questione delle norme penali in bianco, ne denunciano l'incostituzionalità: BRICOLA, *Legalità e crisi: art 25 commi II e III, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Questione Giustizia*, 1980, p. 193; CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico costituzionali dell'art. 650 del cp.*, Giuffrè, Milano, 1970; GALLO, *Appunti di diritto penale, Vol 1: la legge penale*, Giappichelli, Torino, 1999.

squisitamente politica, giustificata dall'esigenza illuministica di vincolare l'esercizio di ogni potere dello Stato alla legge nella garanzia della divisione dei poteri. La sua traduzione in termini giuridico – penali avviene, nei primi anni dell'Ottocento, ad opera del criminalista tedesco Anselm Feuerbach, il quale lo canonizza e lo raccorda concettualmente al problema del fondamento della pena, ravvisato nella “prevenzione generale” attuata mediante coazione psicologica: cioè, se la minaccia della pena deve funzionare da deterrente psicologico nel distogliere dal commettere reati, è necessario che i cittadini conoscano prima quali sono i fatti, la cui realizzazione comporta l'inflizione della sanzione²⁰. Oggi esso ha trovato esplicito riconoscimento, oltre che nella nostra Costituzione (art. 25, 2 comma) e nell'art. 1 del codice penale²¹, anche nell'articolo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950.

Ha come destinatari sia il legislatore, sia il giudice e si articola in quattro sotto-principi: la riserva di legge, la tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale, l'irretroattività della legge penale e il divieto di analogia in materia penale.

In questa sede, particolarmente interessante, in quanto spesso in tensione con le fattispecie “di opinione”²², appare l'aspetto della tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale. La *ratio* è la stessa del principio di legalità²³: quest'ultimo sarebbe rispettato nella forma, ma eluso nella sostanza, se la legge che eleva a reato un dato fatto lo configurasse in termini così generici da non lasciar individuare con sufficiente precisione il

²⁰ V. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.

²¹ L'articolo 1 del codice penale italiano statuisce: « nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite ».

²² V., *infra*, par. 5.3., Cap. I.

²³ PALAZZO F., *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979, 232 ss; BRICOLA, *Legalità e crisi*, Utet, 1980, 209 ss.

comportamento penalmente sanzionato. Parte della dottrina²⁴ preferisce prospettare in proposito una distinzione tra principio di determinatezza e tassatività; il primo comporterebbe l'obbligo per il legislatore di descrivere con la massima precisione possibile il fatto di reato e le conseguenze sanzionatorie; il secondo vieterebbe al giudice di applicare la norma penale a casi da essa non espressamente prevista.

Comunque lo si intenda, si tratta di un principio che non rappresenta solo una proiezione del principio di legalità, ma costituisce anche il riflesso di ulteriori caratteristiche ed esigenze interne alla tutela penalistica. L'inserimento della tassatività nell'ottica del rapporto norma-cittadino, ne esalta la valenza di principio penalistico proprio di uno Stato democratico: quanto più il cittadino è posto in condizione di discernere senza ambiguità tra le zone del lecito e dell'illecito, tanto più cresce il suo rapporto di fiducia partecipativa nei confronti dello stato e delle sue istituzioni²⁵.

La dottrina penalistica non si è appagata di definire cosa sia reato in rapporto ad un determinato ordinamento positivo, ma si è anche sforzata di individuare le ragioni sostanziali che inducono a considerare criminoso un determinato comportamento²⁶.

Si tratta di concezioni progressivamente elaborate, da ultimo in una prospettiva costituzionalmente orientata, e che devono fungere da criterio-guida per il legislatore, più vincolante di altri criteri, nella scelta dei fatti punibili. I tentativi tradizionalmente esperiti in questa direzione sono stati caratterizzati da una sorta di pressoché inevitabile interferenza tra approcci di tipo diverso²⁷. E' risultato facile criticare molte delle principali

²⁴ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, quinta edizione 2015, 57 ss.

²⁵ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, Zanichelli editore, sesta edizione, 2009, 78.

²⁶ V. PALAZZO F., *op. cit.*

²⁷ Si veda l'osservazione di FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., 150, per i quali nessun tentativo di definizione sostanziale può avere l'efficacia di una 'formula magica' che esima il legislatore dalla responsabilità delle scelte di criminalizzazione.

definizioni sostanziali di reato via via proposte²⁸; a partire da quelle di marca giusnaturalistica²⁹ o positivista³⁰, fino ad arrivare a quelle di stampo sociologico³¹, seppure, queste ultime, con il merito di tener conto dell'impatto del reato sulle condizioni organizzative della vita in comune.

Oggi si può riconoscere che il criterio di riferimento per la selezione dei fatti che meritano, dal punto di vista sostanziale, la qualifica di reato si ancori al sistema costituzionale; questa concezione può rilevarsi fruttuosa per chi propenda, da un lato, verso una concezione teleologica dell'illecito penale e, dall'altro, inclini a ricostruire gli scopi del sistema penale alla luce della Costituzione³².

Da questo legame con la Costituzione prende forma il principio fondante il diritto penale moderno, quello di offensività, da leggere in connessione con i principi di sussidiarietà e meritevolezza di pena. Alla stregua di queste premesse, si può proporre del reato la seguente definizione sostanziale: “è reato un fatto umano che aggredisce un bene giuridico ritenuto meritevole di protezione da un legislatore che si muove nel quadro dei valori costituzionali, sempreché la misura dell'aggressione sia tale da far apparire inevitabile il ricorso alla pena e sanzioni di tipo non penale non siano sufficienti a garantire un'efficace tutela”³³.

2.1. La funzione critico-garantista: materialità ed offensività

Il reato, così come disciplinato in seno ai moderni ordinamenti d'ispirazione liberal-democratica, come dimostra la definizione sostanziale

²⁸ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., 149.

²⁹ MAGGIORE, *Diritto penale*, I, Bologna, 1951, 189, secondo cui è reato ciò che turba gravemente l'ordine etico.

³⁰ FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, 383, per il quale è reato ciò che cozza contro la moralità media di un popolo in un determinato momento storico.

³¹ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1947, 144, secondo cui è reato ogni comportamento umano che rende impossibile o mette in pericolo l'esistenza e la conservazione della società.

³² PALAZZO F., *op. cit.*, 24.

³³ La definizione che segue si legge in FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., 150.

sopra indicata, ruota, o almeno dovrebbe ruotare³⁴, tendenzialmente attorno a tre principi-cardine; questi costituiscono il fondamento politico-criminale del diritto penale moderno in una prospettiva critico-garantista dello stesso.

Il primo in rilievo è il principio di materialità per cui, in obbedienza alla massima ulpiana *cogitationis poenam nemo patitur*³⁵, non può esservi reato se la volontà criminosa non si materializza in un comportamento esterno.

Sempre ricorrente è stato, nelle ricostruzioni degli studiosi, il problema se il diritto penale debba avere come proprio oggetto soltanto i comportamenti esterni (principio di materialità del fatto) o anche i fatti meramente interni (principio di soggettività del fatto).

Sulla base di quest'ultima impostazione si considererebbe reato anche momenti meramente psichici, ossia la *nuda cogitatio*, gli atteggiamenti volontari puramente interni o i modi di essere della persona. Tale visione trova, sicuramente, riscontro nei diritti penali di tipo confessionale, compenetrati di teologia morale e legati alla idea del crimine-peccato; è connaturale al totalitarismo penale che, nella sua pretesa di un "impossessamento ideologico" totale dei singoli, non rinuncia alla prerogativa di scrutare anche il foro interno e di sindacare ogni più recondito pensiero, di colpire pure i più intimi atteggiamenti di dissenso. Questa concezione darebbe vita³⁶ ad un diritto penale ideologico, poliziesco, terroristico, liberticida; ad un diritto penale dell'atteggiamento interiore o del sospetto, che persegue gli atti interni carpiri violentemente e fraudolentemente; oppure ad un diritto penale della pericolosità (*sine delicto o ante o paeter delictum*), fondata non sull'agire ma sul modo di

³⁴ Si tratta di principi che, seppure caratterizzanti il sistema penale della modernità, come già ribadito, incontrano battute di arresto considerevoli proprio in riferimento al tema dei reati di opinione. Sul punto, a proposito della nuova aggravante di negazionismo, LEOTTA C. D., *In gazzetta ufficiale la legge che dà rilevanza al negazionismo*, in *Quotidiano Giuridico (ed. web)*, 29 giugno 2016.

³⁵ Si tratta di una massima che può essere espressa anche con la formula '*nullum crimen sine actione*' come sottolinea MANTOVANI F., *Diritto penale parte generale*, cit.

³⁶ Lo nota MANTOVANI F., *Diritto penale parte generale*, cit., 120.

essere del soggetto, perseguito per quel che è e non per quel che fa, e desumibile da semplici stati soggettivi o da atteggiamenti personali sintomatici. Ne è riprova storica il totalitarismo nazionalsocialista³⁷, che dematerializzando, soggettivizzando ed eticizzando il reato come puro “atto di ribellione” o di “infedeltà” alle regole della comunità, si proponeva di colpire, attraverso il nebuloso diritto penale dell’autore, non più il fatto offensivo, che degrada ad entità trascurabile, ma l’autore in ragione del suo modo immorale di essere e del suo generale sentimento antiggiuridico.

È evidente che si tratta di una visione molto lontana dal diritto penale moderno che, infatti, si fonda sul concetto di fatto (e più precisamente di fatto umano³⁸) e che, come inscindibile corollario, respinge ogni impronta soggettivistica. Un sistema penale moderno può considerare reato solo il comportamento materialmente estrinsecatosi nel mondo esteriore e, perciò, munito di una sua corporeità e percepibile dai sensi: il fatto materiale è la base prima e imprescindibile di ogni giudizio di disvalore penale, pietra angolare del reato. Da ciò deriva un’importante conseguenza: la categoria del fatto tipico³⁹ deve essere idonea a rispettare il più possibile tutte le esigenze che derivano dalla necessità che il reato si manifesti in un contegno esteriore accertabile nella realtà fenomenica⁴⁰. Per far sì che ciò avvenga realmente, al di là di ogni apparenza o finzione, è necessario

³⁷ Sottolinea questo aspetto FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., Introduzione.

³⁸ MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, cit., 119, sottolinea che per il moderno diritto penale il reato consiste innanzitutto in un fatto, che non può essere un mero fatto naturale o animale, ma soltanto un fatto umano, nel senso cioè che deve avere il suo principio nel soggetto. Fatti di esseri inanimati o animati, ma diversi dall’uomo, sono penalmente rilevanti solo in quanto pur sempre imputabili all’uomo (es.: eventi lesivi cagionati da animali per omessa custodia o crollo di costruzioni per omessa manutenzione).

³⁹ La tipicità costituisce il primo tassello nel modello di ricostruzione dogmatica e scomposizione analitica del reato nell’impostazione tripartita; seguono antiggiuridicità e colpevolezza. In questo senso cfr., per tutti, DELITALIA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, ora in *Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 5 ss.

⁴⁰ In argomento cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., 183.

evitare che il legislatore crei tipi artificiali di reato che non trovano alcun riscontro nella realtà concreta⁴¹.

Secondo parte della dottrina⁴² questo importante principio risulterebbe dalla Costituzione, ove la formula del “fatto commesso” di cui all’art. 25, 2 comma, secondo la normale accezione del termine⁴³, sta ad indicare, indiscutibilmente: né un fatto soltanto pensato, né una mera *Gesinnung* (sentimento), né uno stato soggettivo di pericolosità sociale; inoltre, risulta conforme al carattere personalistico-garantista della Costituzione e della tradizione costituzionalistica liberale. Anche la legge ordinaria conferma la rilevanza di questo principio, poiché il codice parla esso pure nell’art. 2 di “fatto commesso” e nell’art 115 esclude il reato nei fatti, pur se esterni, del mero accordo criminoso o istigazione.

È interessante notare come la materialità del fatto di reato possa andare dalla estrinsecazione minima dell’inizio dell’azione (es.: reati di tentativo o di attentato), a quella intermedia della realizzazione della intera azione (es.: reati di mera condotta), fino a quella massima della realizzazione dell’evento materiale (es.: reati di evento).

Comunque si realizzi, è oramai un dato che la materialità del fatto è imprescindibile fondamento delle scelte politiche-criminali del legislatore, soprattutto in connessione alla sua *ratio*. Nell’ottica di una concezione oggettivistica del reato, infatti, svolge la prima funzione di delimitazione dell’illecito penale, col triplice divieto di considerare reato: 1) un atteggiamento volontario criminoso meramente interno; 2) un’intenzione meramente dichiarata, dovendo questa materializzarsi nella realtà naturalistica e sociale; 3) un modo di essere della persona, consista esso in

⁴¹ In questo senso può venire in gioco la fondamentale pronuncia di accoglimento in tema di plagio, *Corte cost., sent. n. 96/81* dove l’incostituzionalità è stata dichiarata perché la fattispecie incriminatrice non riusciva a descrivere un fatto materiale suscettibile di accertamento empirico nella realtà esterna.

⁴² Fra tutti MANTOVANI, *Diritto penale generale*, cit.

⁴³ MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, cit.

un carattere del soggetto o, segnatamente, in uno stato di pericolosità sociale^{44 45}.

Dunque, come emerge dall'impostazione qui delineata il principio di materialità, espressione dell'istanza di sicurezza giuridica, rappresenta il cardine del liberalismo penale che, nella costante preoccupazione di limitare la libertà individuale nella misura strettamente necessaria alla vita in comune, riserva al diritto penale le sole azioni esterne che toccano i rapporti di convivenza e al giudizio morale l'intimità del foro interno.

Corollario imprescindibile della materialità e secondo criterio fondante le scelte politico-criminali del legislatore in un ordinamento penale moderno è il cosiddetto principio di offensività (o necessaria lesività): posto che il diritto penale trova legittimazione soltanto nella tutela dei beni socialmente rilevanti, ai fini della sussistenza di un reato non basta la realizzazione di un comportamento materiale, ma è necessario che tale comportamento leda o ponga in pericolo beni giuridici⁴⁶.

Il principio dell'offesa, come si vede, risulta strettamente legato all'idea di bene giuridico⁴⁷. Il problema, allora, diventa determinare concettualmente cosa sia bene giuridico nel senso del diritto penale, ossia di quali siano i beni socialmente rilevanti considerati, in ragione della loro importanza, meritevoli di protezione giuridico-penale. Invero, la scienza

⁴⁴ PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., sottolinea che le fattispecie soggettive di pericolosità sociale (es. abitualità, professionalità, tendenza a delinquere) non hanno, pertanto, alcuna rilevanza penale in sé e per sé, non potendo costituire elementi costitutivi del reato; diventano penalmente rilevanti solo come presupposto di misure extrapenali di prevenzione in seguito alla previa commissione di un fatto illecito penale.

⁴⁵ V. *sent. n. 14/71 e 110/68* in cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità degli art. 707 e 708 nella parte in cui si richiamavano alle condizioni personali di condannato per mendicizia, di ammonito, di sottoposto a misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta.

⁴⁶ In questo senso FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit.

⁴⁷ Storicamente, la paternità del concetto di bene giuridico, quale nozione atta a designare l'oggetto della tutela penale, si fa risalire a una presa di posizione del giurista tedesco Birnbaum espressa in uno scritto apparso nel 1834.

penalistica si è sempre imbattuta nella difficoltà di escogitare definizioni dotate di sufficiente contenuto informativo e di reale funzione selettiva⁴⁸.

Sintetizzando, la tormentata e complessa vicenda della teoria del bene giuridico risulta contrassegnata, storicamente, dall'oscillazione tra orientamenti che ne privilegiano ora la funzione dogmatica e sistematica in rapporto ad un determinato ordinamento positivo⁴⁹, ora la funzione politico-criminale anche in prospettiva *de iure condendo*.

La prima di queste impostazioni comporta un'erosione della funzione critica della teoria del bene giuridico, in quanto essa si presta potenzialmente ad avallare tutte le scelte di tutela trasfuse nell'ordinamento positivo, raggiungendo la soglia massima con l'attacco sferrato dagli studiosi tedeschi di orientamento nazionalsocialista; la seconda postula l'idea della protezione dei beni giuridici come scopo del diritto penale e, affacciandosi nel dibattito penalistico a partire dai primi anni sessanta in Germania e negli anni settanta in Italia⁵⁰, è caratteristica di un moderno Stato di diritto.

Il passo in avanti, nell'ottica di quest'ultima prospettiva, si compie con la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, in cui la Costituzione si assume come criterio di riferimento nella scelta di ciò che può legittimamente assurgere a reato⁵¹; si immagina un concetto di bene giuridico che preesista alla valutazione del legislatore ordinario che riesce ad assolvere la funzione selettiva che un sistema penale moderno richiede.

In conformità a tale idea, il reato è conseguentemente configurabile – appunto – come un fatto che offende e pone in pericolo beni giuridici

⁴⁸ Per una ricostruzione approfondita delle diverse concezioni di bene giuridico della scienza giuridica si veda, fra tutti, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., 4 ss.

⁴⁹ Si allude alla concezione c.d. metodologica, originariamente elaborata in senso alla dottrina tedesca attorno agli anni '30 e sostanzialmente riproposta nella dottrina italiana in anni ancora recenti; v. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, II, Milano, 1965, 389 ss.

⁵⁰ STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1973, 1 ss; BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, XIX, 1973.

⁵¹ BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 17.

preesistenti perché tutelati, esplicitamente o implicitamente⁵², dalla Carta costituzionale. Non solo. Anche quei beni costituzionalmente non incompatibili, ossia quei beni, spesso emergenti, la cui tutela penale può comportare al più limitazioni di beni-mezzo costituzionalizzati, ma non di beni-fine, e non contrasta, ma addirittura favorisce, la conservazione, la dignità e lo sviluppo della persona umana⁵³.

Il principio di offensività⁵⁴, qui descritto, dunque, induce a ravvisare lo “zoccolo duro”⁵⁵ del reato nell’aggressione – sotto forma di lesione o messa in pericolo – di uno o più beni giuridici. Il significato ideologico, in chiave garantista, di tale principio, è ampiamente condivisibile e condiviso, essendo il suo riconoscimento del tutto coerente col rifiuto di incentrare il reato sulla pericolosità o sull’atteggiamento interiore dell’autore.

Tale principio avrebbe anche un fondamento costituzionale⁵⁶, in quanto la Costituzione esprime un’evidente opzione a favore di un diritto penale a base oggettivistica, costruendo una nozione di reato come fatto offensivo tipico, alla cui tipicità, pertanto, appartiene, insieme ad altri requisiti strutturali (condotta, evento materiale, rapporto di causalità), il requisito, allo stesso modo fondamentale, dell’offesa al bene tutelato.

La Corte Costituzionale ha osservato in proposito che « può certo discutersi sulla “costituzionalizzazione” o meno del principio d’offensività: ma che lo stesso principio debba reggere ogni interpretazione di norme penali è ormai canone unanimemente accettato. Spetta al giudice, dopo aver

⁵² V. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., 14 ss.

⁵³ Si veda in tal senso BENIGNI A., *Ribadito dalla Corte Costituzionale il principio di necessaria offensività del reato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2015 ss.; CARACCIOLI I., *Solo un’applicazione calibrata dell’offensività contribuirà al successo del «Progetto Grosso»*, in *Guida al Diritto* 36, 2000, 2010, 10 ss.

⁵⁴ Si ricordi il tentativo dottrinale di enucleare dal codice l’offensività quale principio generale dell’ordinamento penale sulla base di una peculiare interpretazione dell’art. 49 comma 2; per la concezione realistica del reato v. FIORE, *Diritto penale parte generale*, Utet giuridica, quarta edizione.

⁵⁵ In questo senso FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., 150.

⁵⁶ Sulla costituzionalizzazione del principio di offensività si veda MANTOVANI F., *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti Mortati IV*, Milano, 1977, 444 ss.; GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8 ss.; AA.VV., *Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002.

ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata il bene od i beni tutelati attraverso l'incriminazione d'una determinata fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori del penalmente rilevante»⁵⁷. Da queste parole si coglie immediatamente il duplice ruolo del principio di offensività: criterio di conformazione legislativa dei fatti punibili (offensività in astratto) e criterio giudiziario - interpretativo che impegna il giudice a qualificare come reati in sede applicativa soltanto fatti che siano idonei anche in concreto a offendere beni giuridici (offensività in concreto). Questa doppia valenza dell'offensività rappresenta una "valvola di salvaguardia" messa dalla Corte a disposizione della giurisprudenza per la tenuta del sistema: si cerca di garantire la sopravvivenza di tutte le fattispecie, spesso legate all'impronta autoritaria del codice Rocco, in frizione con tale principio attraverso lo strumento dell'interpretazione costituzionalmente orientata sulla base dell'(in)offensività in concreto.

È anche vero che il principio di offensività non si attegna a principio assoluto, ma ha carattere relativo, in quanto può subire delle deroghe laddove esse siano necessarie per la prevenzione di offese ai beni primari, individuali, collettivi, istituzionali. Il principio di prevenzione, infatti, può comportare una necessaria anticipazione della tutela ad un momento immediatamente precedente alla effettiva offesa del bene⁵⁸.

A questo punto va detto, per completezza, che un fatto materiale lesivo di beni giuridici può essere penalmente attribuito all'autore soltanto a condizione che gli si possa muovere un rimprovero per averlo commesso: la materialità e l'offensività devono essere necessariamente seguite, in chiave

⁵⁷ Corte Cost. 19 marzo 1986, n. 62, in *www.giurcost.org*. Cfr. ANGIONI F., *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 113 ss.; BARTOLI R., *Inoffensività del fatto e interpretazione teleologica della norma*, in *Cass. pen.*, 1998, 2739 ss.

⁵⁸ Si pensi alla famigerata fattispecie di pericolo presunto o astratto, considerate dalla Corte costituzionale compatibili con detto principio a determinate condizioni come la presenza di beni collettivi o super-individuali come l'ambiente o l'economia pubblica. V. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., 206.

garantista, da un altro fondamento politico criminale del diritto penale come *Magna charta libertatum* per il reo, il principio di colpevolezza. Questo ha un ruolo centrale, confermato dalla sua rilevanza costituzionale, come è dato desumere dall'art.27, comma 1, Cost.: secondo un'interpretazione che riscuote crescenti adesioni, il principio della personalità della responsabilità penale in esso fissato va, infatti, inteso non soltanto nel significato minimo di divieto di responsabilità per fatto altrui, ma nel senso ben più pregnante di responsabilità per fatto proprio colpevole⁵⁹.

2.2. Il diritto penale come *extrema ratio*

L'esistenza di un bene bisognoso di protezione perché offeso (nella forma della lesione o messa in pericolo) e la possibilità di ricondurre la fattispecie soggettivamente al suo autore è, sicuramente, presupposto necessario, ma non già sufficiente a giustificare la creazione di una fattispecie penale finalizzata alla sua salvaguardia e ad ammettere il ricorso alla pena. Occorre altresì tener conto, sul piano della stessa definizione sostanziale di reato, di altri criteri che assumono rilevanza nel processo di criminalizzazione delle condotte umane⁶⁰ caratterizzanti la funzione critico-garantista del diritto penale moderno: e cioè, i principi di sussidiarietà e meritevolezza di pena.

Si parla di carattere sussidiario del diritto penale⁶¹ per esprimere l'idea dello strumento penale come *extrema ratio*: il ricorso alla pena statutale come mezzo di tutela si spiega sul dato che gli strumenti di protezione predisposti dagli altri settori dell'ordinamento non risultano altrettanto idonei a prevenire la commissione di fatti socialmente dannosi,

⁵⁹ Cfr., tra altri, BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 51 ss.; si veda anche: Corte cost., sent. n. 364/88 e n. 1085/88, per cui l'imputazione soggettiva del fatto criminoso può considerarsi veramente conforme al principio di personalità, a condizione che il fatto stesso sia attribuibile all'autore almeno a titolo di colpa.

⁶⁰ V. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., 150.

⁶¹ ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, 1983, 215 s.

che è necessario impedire in vista della garanzia delle condizioni di una pacifica convivenza.

Lo strumento penale, però, oltre che necessario nel senso che gli altri settori di tutela di natura civile, amministrativa ecc. sarebbero insufficienti, deve risultare anche conforme allo scopo⁶², deve cioè garantire un'efficace protezione del bene giuridico; per cui, laddove la prospettiva della sanzione punitiva appaia sin dall'inizio inidonea a conseguire l'obiettivo perseguito, il ricorso ad essa appare illegittimo perché inutili e ingiustificati ne risulterebbero i costi a carico del singolo condannato. È proprio perché il diritto penale si avvale dell'inflizione delle sanzioni più drastiche⁶³ - limita un bene considerato inviolabile dalla nostra Costituzione, quale la libertà personale (articolo 13) - che se ne raccomanda un impiego ponderato in relazione all'idea di un diritto penale sussidiario e *extrema ratio* nelle scelte politiche.

Tale principio di sussidiarietà, così inteso, costituisce una specificazione nel campo del diritto penale del più generale principio di proporzionalità; e cioè di un principio logico immanente allo Stato di diritto, che ammette il ricorso a misure restrittive dei diritti dei singoli solo nei casi di stretta necessità, vale a dire quando queste risultino indispensabili per la salvaguardia del bene comune⁶⁴.

Ciò premesso, occorre precisare che il criterio della sussidiarietà può essere concepito in due accezioni diverse che, rispettivamente ne circoscrivono o estendono la portata. Secondo una concezione ristretta, il ricorso allo strumento penale appare ingiustificato o superfluo quando la salvaguardia del bene in questione è già ottenibile mediante sanzioni di natura extrapenale: a parità di efficacia di strumenti di tutela potenzialmente

⁶² FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., 29.

⁶³ LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it., Milano, 1962, 46 sottolinea come la pena detentiva funga da "arma a doppio taglio, tutela dei beni giuridici attuata mediante lesione degli stessi".

⁶⁴ Cfr. ROMANO M., "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1992, 39 ss; MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 463 ss.

concorrenti, il legislatore dovrebbe optare per quello che comprime meno i diritti del singolo (*iure est civiliter utendum*). Secondo una concezione più ampia, la sanzione penale sarebbe comunque da preferire anche nei casi di non strettissima necessità, tutte le volte in cui la funzione “stigmatizzante” propria della pena in senso stretto risulti utile ai fini di una più forte riprovazione del comportamento criminoso e, di conseguenza, di una più energica riaffermazione dell’importanza del bene tutelato. Si riflette, in questo contrasto di vedute, il conflitto tra due orientamenti di fondo: l’uno tendente a privilegiare l’utilità pratica del ricorso alla pena, l’altro incline invece a sottolinearne la capacità di incidere sugli stessi atteggiamenti etico-sociali dei cittadini.

Senza dubbio, è la prima a risultare più corrispondente a una visione moderna e laica dei compiti del diritto penale, consentendo, tra l’altro, di meglio raccordare la tutela penalistica alle altre tecniche di tutela extrapenale. La concezione ampia della sussidiarietà, d’altro lato, non deve comportare una valorizzazione del ruolo simbolico-espressivo del diritto penale sfociando nella convinzione che sussista un nesso di implicazione necessaria tra la scelta della sanzione penale e la qualità o il rango del bene tutelato⁶⁵.

Il carattere sussidiario del diritto penale si spiega anche in relazione alle funzioni che le sanzioni penali sono potenzialmente in grado di esercitare; si parla in proposito, anche se da integrare con la funzione rieducativa predisposta dalla Costituzione, di un’attitudine preventiva che si dispiega in una duplice forma: in un primo momento, la minaccia della sanzione penale tende a distogliere la generalità dei consociati dal commettere reati (prevenzione generale); in un secondo momento, la concreta inflizione della pena mira a impedire che il singolo autore del reato torni a delinquere (prevenzione speciale).

⁶⁵ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., 31.

Un ulteriore criterio di criminalizzazione è costituito dal principio della c.d. meritevolezza di pena⁶⁶. Esso esprime l'idea che la sanzione penale deve essere applicata non in presenza di qualsivoglia attacco ad un bene degno di tutela, bensì nei soli casi in cui l'aggressione raggiunga un tale livello di gravità da risultare intollerabile; se è vero che al legislatore spettano comunque ampi margini di apprezzamento nel valutare il livello di significatività criminosa di una determinata azione⁶⁷, non per questo mancano in proposito criteri di orientamento di fonte costituzionale. Ne deriva che tanto più alto è il livello del bene all'interno della scala gerarchica recepita nella Costituzione, tanto più giustificato risulterà asserire la meritevolezza di pena dei comportamenti che tale bene ledono o pongono in pericolo. Anche se vi è chi⁶⁸ sostiene che è necessario distinguere da caso a caso, orientando la valutazione sia in base al rango del bene da proteggere, sia in base alla significatività del tipo di libertà potenzialmente compressa dal ricorso alla sanzione penale.

Da ciò emerge chiaramente una peculiarità del diritto penale, da alcuni⁶⁹ invocata come frammentarietà⁷⁰. Infatti, l'applicazione del diritto penale avviene in modo puntiforme, a seguito di una scelta del legislatore che decide quali fatti specifici debbano essere qualificati come reati e quindi puniti, lasciando alcune aree dell'agire umano scoperte dal suo intervento.

L'“incompletezza”, lungi dall'essere un limite, trova oggi giustificazione nello stesso modo di concepire il diritto penale: i vuoti di tutela, necessari e positivi, rappresentano una garanzia e una caratteristica

⁶⁶ MARINUCCI, *Politica crim. e riforma del dir. pen.*, in *Jus*, 1974, 463; BRICOLA, *Carattere sussidiario del dir. pen. e oggetto della tutela*, in *Studi Delitalia*, Milano, 1984, I, 99; PADOVANI, *La problematica del bene giur. e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114.

⁶⁷ V. Corte cost., sentenza n. 250 del 2010.

⁶⁸ FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume: profili penali, costituzionali e politico criminali*, Cedam, 1984, 134 ss.

⁶⁹ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, cit., 32.

⁷⁰ Si richiami l'efficace immagine in BINDING K., *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, B.T., Bd. 1, seconda edizione, Leipzig, 1902, 20.

inevitabile. È così che la frammentarietà costituisce ulteriore proiezione della concezione dello strumento penale come *ultima ratio*. Anzi, proprio nel raffronto con un alternativo sistema chiuso e totalizzante di tutela, la frammentarietà finisce con l'esaltare l'ispirazione liberale della moderna concezione di un diritto penale della libertà costituzionalmente orientato⁷¹.

3. La “portata” e il “peso” della libertà di espressione

Resta da fare un'ulteriore riflessione per comprendere i limiti entro cui può essere utilizzato il diritto penale moderno, declinato nella sua prospettiva critico-garantista moderna.

Gli interrogativi che sorgono sono essenzialmente due: è legittimo, e – se sì – fino a che punto, vietare penalmente l'espressione di un'opinione? 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?

Entrambi gli interrogativi così posti rinviano alla tematica della libertà di espressione. Ogni persona ha il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero: lo sancisce, come noto, l'art. 21 Cost.⁷², 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.

Si tratta di capire quali siano, per così dire, tanto la “portata” quanto il “peso” della garanzia costituzionale della libertà di espressione⁷³.

⁷¹ In questo senso MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, cit., XL.

⁷² Ma anche l'art. 10 CEDU e l'art 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁷³ 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.

Con la prima ci si chiede quale sia la dimensione della manifestazione del pensiero, la cui libertà è garantita dall'art. 21 Cost.; la risposta è che nella garanzia della libertà di espressione rientra qualsiasi condotta in quanto sia considerata dal legislatore come espressiva di un certo contenuto di pensiero⁷⁴, con un limite⁷⁵: con essa non contrasterebbe una norma che pure vietasse una condotta tipicamente comunicativa se la prendesse in considerazione per qualche aspetto esterno che la connotasse quale modificazione della realtà⁷⁶. La ragione di ciò sta nel fatto che la garanzia dell'art. 21 Cost. esclude che lo Stato abbia il potere di limitare o restringere la libertà di espressione, non esclude, invece, che lo Stato abbia il potere, ed anzi, entro certi termini, il compito di regolare l'esercizio di questa libertà⁷⁷.

Comunque, che una norma penale sia in conflitto con l'art. 21 Cost. non significa ancora che essa sia illegittima; definita la portata del principio, occorre stabilirne il peso, cioè, se, e a quali condizioni, esso prevalga su altri principi con i quali esso venga eventualmente in conflitto⁷⁸. Esistono, per comune asserzione, beni che possono certamente essere lesi mediante espressione di un'opinione, che sono anch'essi dotati di

⁷⁴ 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 L., *Banning Hate Speech and the Sticks and Stones Defense*, in *Constitutional Commentary*, 1996, 73.

⁷⁵ Per un ragionamento in parte analogo v. NUVOLONE P., *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, Cedam, Padova, 1966, 352-3.

⁷⁶ Per SPENA, *op. cit.*, 706, nulla hanno, ad es., a che vedere con l'art. 21 Cost. norme come quelle che incriminano la molestia, l'estorsione, la concussione, la violenza o minaccia per costringere a commettere un reato; ad essere incriminate sono condotte comunicative ma sempre considerate dal punto di vista del suo aspetto esterno, in quanto produca certi effetti nel mondo esterno. La condotta di concussione, ad es., è una condotta tipicamente comunicativa: essa esprime 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 è conseguito dal pubblico ufficiale con l'abuso dei suoi poteri o della sua qualità, facendo sì che il privato sia costretto o indotto a soddisfarlo. Cfr. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 36-7.

⁷⁷ Per questa distinzione v., per tutti, MEIKLEJOHN, *The first amendment is an absolute*, 1961, 252-257, che distingue tra "regulation" and "abridgment of freedom".

⁷⁸ Per la distinzione tra "restrizione giustificata" e "violazione" o "restrizione ingiustificata" di un diritto, v. SPENA A., *op. cit.*, 710.

rilevanza costituzionale primaria (orientativamente equiparabile a quella della libertà d'espressione), e rispetto ai quali la libertà d'espressione può soccombere, a certe condizioni. Le restrizioni della libertà di espressione imposte mediante le norme che incriminano l'ingiuria e la diffamazione risultano, per esempio, in linea di principio, giustificate, in quanto il peso della dignità altrui umana e sociale risulta, nel conflitto, maggiore rispetto a quello riconosciuto alla libertà dell'art. 21⁷⁹.

A questo punto il problema diventa quello del rapporto della libertà di espressione con i reati di opinione. Da quanto detto discende che queste norme comportano senz'altro una restrizione della suddetta libertà⁸⁰; ma è necessario un secondo passaggio, vedere, cioè, se l'incriminazione si basi su ragioni sufficienti a giustificarne la limitazione⁸¹. La questione fondamentale dei reati di opinione diventa questa: il bilanciamento, sotteso ad ogni reato d'opinione, tra la libertà di espressione che è compressa, da un lato, e le ragioni per le quali la si comprime, è un bilanciamento dall'esito costituzionalmente legittimo? La risposta, che non si pretende esaustiva, va diversificata rispetto ai differenti beni protetti da tali norme. Innanzitutto 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 (es. ingiuria o diffamazione). Ciò la rende una ragione del tutto insufficiente a giustificare la limitazione della libertà di espressione⁸², tanto più che, nel caso dei reati di opinione, ad essere "offeso" è il sentimento di

⁷⁹ La libertà di espressione, si dice, trova un "limite implicito" nel rispetto dovuto all'altrui dignità umana e sociale: v. ESPOSITO, *op. cit.*, 44 ss.

⁸⁰ Cfr., ad es., ZUCCALA', *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1966, 1153 ss.

⁸¹ In questo senso, SPENA A., *op. cit.*, 712 ss.

⁸² Ed invero, "quanto 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": così DAHRENDORF, *Se l'Europa non difende le conquiste dell'illuminismo*, in *la Repubblica*, 16 ottobre 2006, 18.

un'idea, di un ideale, di un valore: limitare penalmente questa possibilità comporta un'intrusione nel cuore stesso della libertà di espressione. Comunque ancora una volta la risposta deve essere negativa⁸³anche quando si tratta di tutelare, con un reato di opinione, un “valore morale sovra-individuale”. In un sistema liberale e democratico, il rispetto di questi valori – come il prestigio dello Stato o delle sue istituzioni, o il valore del rispetto delle leggi penali – non si impone con la forza e la minaccia penale, ma piuttosto facendo in modo che le condizioni necessarie alla diffusione di quei valori siano effettivi. Ed anche una restrizione della libertà di espressione a causa del solo fatto che l'opinione espressa rappresenti l'idea di un contro-valore rispetto all' “integrità concettuale di certi valori morali sovra-individuali” contrasta con gli stessi fondamenti della garanzia dell'art. 21 e finisce per pregiudicare la libertà di espressione nel suo stesso “contenuto essenziale”. E ciò perché riconoscere agli individui un diritto di esprimersi liberamente è importante per ragioni che hanno a che fare con la dignità e l'autonomia delle persone, la partecipazione democratica dei cittadini alla gestione della cosa pubblica, l'evoluzione scientifica e morale della società. L'incriminazione di un reato d'opinione è in contrasto con ognuna di queste ragioni⁸⁴.

Da tutto ciò, in estrema sintesi, consegue che non solo le condotte incriminate a titolo di reati d'opinione rappresentano casi che rientrano, in maniera paradigmatica, nella garanzia della libertà di espressione; 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,

⁸³ In questo senso, SPENA A., *op. cit.*, 716.

⁸⁴ V. SPENA A., *op. cit.*

d'altro lato, una ragionevole giustificazione nella tutela (e nell'esigenza di prevenire offese significative a) di beni costituzionalmente rilevanti.

4. Le “costanti” e le “variabili” del diritto penale

Fermo restando il necessario rispetto dei suddetti criteri politico-criminali e tenuto conto della “portata” e del “peso” della libertà di espressione, le fattispecie di diritto penale possono essere accumulate da una *summa divisio* tra “costanti” (o *mala in se*) e “variabili” (*mala quia prohibita*)⁸⁵.

Uno dei primi e laceranti problemi delle scienze criminali è la definizione di criminalità: la criminalità è una “realtà ontologico-naturalistica” o una mera “creazione politico-sociale”, un'entità giusnaturalistica o un semplice dato giuspositivistico⁸⁶? È una questione che coinvolge la perenne dialettica tra diritto penale e politica e, in radice, tra diritto penale e morale; le soluzioni oscillano tra gli opposti estremismi dell'assolutismo delle teorie giusnaturalistico-razionalistiche e del relativismo delle teorie storico-sociologiche e la mediazione del realismo della dottrina delle costanti e delle variabili criminali.

Seguendo quest'ultima impostazione, libera da apriorismi ideologici e che ha dalla propria l'esperienza storica, il diritto penale presenterebbe, innanzitutto, un nucleo di costanti, indipendenti dalle valutazioni contingenti dei singoli legislatori e dal mutare delle strutture politico-economico-sociali⁸⁷. Tutte le codificazioni penali puniscono, ad esempio, il delitto di omicidio che è inquadrabile nella categoria dei “delitti naturali”. Questi sarebbero illeciti penali pressoché immutabili nel tempo e nello spazio, in quanto ledono o mettono in pericolo beni essenziali e

⁸⁵ Il punto di vista risalirebbe a BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Venezia, 1781, VIII e XI.

⁸⁶ MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, cit.

⁸⁷ Cfr.: NUVOLONE, *Il sistema del dir.pen.*, Padova, 1982, 40.

irrinunciabili (vita ed integrità fisica dell'uomo, dignità, libertà, onore e patrimonio della persona), minando alla base le condizioni essenziali di convivenza tra i componenti della comunità statualmente organizzata⁸⁸. Perciò non è ipotizzabile né ammissibile una comunità nella quale l'omicidio sia elevato da "delitto" a "diritto" dato che il bene giuridico della vita è il bene-presupposto nel sistema penale ed appartiene al patrimonio comune della civiltà umana⁸⁹. Questo nucleo di costanti storiche, in cui si pongono, al limite, differenze ordinamentali in relazione al *quantum* di pena irrogabile, attraversa in maniera continua tutte le esperienze penalistiche dimostrando che il diritto penale non è tutto politica⁹⁰. Esso, tuttavia, non è la sola componente dei sistemi penali.

Il diritto criminale presenta anche delle "variabili"⁹¹, strettamente dipendenti dall'ordinamento costituzionale dello Stato e che, pertanto, sono fortemente condizionate dalla storia e dalla politica. Sono i cosiddetti "delitti artificiali", di creazione legislativa. Anche definiti "*mala quia prohibita*", sono fatti non penalmente rilevanti in tutte le esperienze di codificazione, ma il cui disvalore penale muta sensibilmente a seconda delle diverse opzioni politico-criminali dell'ordinamento: democrazia e totalitarismo, liberalismo e socialismo, individualismo e collettivismo, personalismo e utilitarismo, hanno un contenuto ideologico-politico-economico-culturale, che si riflette immediatamente sul modo di concepire il diritto penale e sulla utilizzazione delle sue categorie e mezzi.

⁸⁸ ORDILE A., *Le costanti e le variabili del diritto penale nell'esperienza storica*, in *Osservatorio penale (Ed. web)*, 2014-02.

⁸⁹ BOBBIO, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 79. V. anche MANTOVANI F., *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, p. 99; PULITANO', *Diritto penale. Parte speciale*, Torino, 2011, p. 11.

⁹⁰ Non vanno dimenticate le recenti istanze di ritagliare spazi di liceità anche nel terreno delle "costanti" in riferimento, per esempio, alla problematica legata all' "eutanasia".

⁹¹ MANTOVANI F., *Il problema della criminalità*, Padova, 1982, 58. Sulle variabili penalistiche cfr. ORDILE A., *Il delitto di usurpazione*, Cosenza, 2013, 1-17.

Non a caso si tratta del terreno d'elezione dei cosiddetti delitti politici, come quelli del Libro II, Titolo I (“Contro la personalità dello stato”) della parte speciale del codice penale Rocco⁹².

Ogni sistema è, dunque, predisposto per la tutela, oltre che dei beni esistenziali, di interessi non esistenziali, contingenti o addirittura arbitrari (es.: tutela di una determinata ideologia); variabili, appunto, a secondo degli ordinamenti e dipendenti dalle Istituzioni⁹³. Si pensi a quei sistemi penali ideologizzati di tipo totalitario volti alla tutela di interessi socio-politici posti a protezione di una fazione, di un partito o di un tiranno, dove alcune norme incriminatrici sono di creazione politico-legislativa legate al mantenimento di una determinata forma di governo o solo per garantire uno specifico indirizzo politico-ideologico di tipo gerarchico o totalitario.

Ed è proprio in quest'ottica che vanno letti i reati di opinione, esempio di variabile di politica-criminale. Infatti, nell'esperienza storica del “diritto penale autoritario” si possono individuare accadimenti che sono normativamente leciti per il “diritto penale liberale” (la cosiddetta “critica politica” come espressione della libertà di pensiero del cittadino), ma che integrano i caratteri di un delitto in senso etico-naturalistico quando vi sia imperante un regime politico di Stato totalitario, etico, assoluto, teocratico ove sono numerosi i reati di “creazione legislativa” (come ad esempio appunto i “reati di opinione”). Tutto ciò avviene mediante l'esercizio del potere normativo esercitato *ad nutum* da dittatori, tiranni, despoti o capi del partito unico⁹⁴.

Non è, però, questione solo del passato. In effetti, un problema suscitato dalle “variabili”, dove è forte la permeabilità politica, al di là di dare un'immagine confusa e sbiadita dell'ordinamento criminale, è proprio

⁹² V. CARRARA F., *Programma di diritto penale, parte speciale*, vol. VII, il quale si rifiuta (c.d. gran rifiuto) di trattare i delitti politici: “Giustizia e politica non nacquero sorelle. Quando la politica entra dalla porta del tempio, la Giustizia se ne fugge impaurita per tornarsene al cielo”.

⁹³ MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, cit.

⁹⁴ V. ORDILE, *cit.*, 8.

quello del loro continuo incremento anche in tempi più recenti, ispirato dalle più svariate esigenze: sempre più ci si imbatte in un legislatore che punisce fatti a prescindere da un loro effettivo disvalore penale con la conseguenza di un'estensione a dismisura del penalmente rilevante. Ciò provoca inevitabilmente una tangibile caduta dei valori del diritto criminale “moderno”.

Il progresso civile non può consistere nell'assolutizzare le componenti storico-relativistiche della criminalità per negarne ogni consistenza ontologica, bensì nel fare sempre più coincidere la “criminalità legale” con la “criminalità naturale”; nell'ideale ultimo di una criminalità realmente antisociale, non discriminante e penalmente perseguita come *extrema ratio* nei confronti di tutti⁹⁵.

5. I reati di opinione

Il quadro introduttivo generale del sistema penale della nostra modernità, che si è cercato di enucleare nei paragrafi che precedono, permette di cogliere, già ad uno sguardo d'insieme, tutte le problematiche legate a quella che abbiamo definito, in apertura del lavoro, una vera e propria aporia⁹⁶ del diritto penale dei giorni d'oggi e che, da ultimo, abbiamo cercato di leggere come “variabile” di politica criminale⁹⁷. Stiamo parlando della categoria dei reati di opinione nell'ambito della quale si colloca, anche, l'aggravante di negazionismo recentemente introdotta.

Sono proprio le più recenti vicende, sia legislative⁹⁸ sia giurisprudenziali, relative a questa materia – vicende che hanno suscitato

⁹⁵ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit.

⁹⁶ V., *infra*, par. 1., Cap. I.

⁹⁷ V., *infra*, par. 4., Cap. I.

⁹⁸ Il riferimento è alla legge n. 115 del 16 giugno 2016 che, recependo il provvedimento approvato l'8 giugno 2016 in seconda lettura alla Camera, inserisce un nuovo comma 3-bis nella legge n. 654 del 1975 avente ad oggetto il c.d. negazionismo, punito con la pena della reclusione da due a sei anni. Ma si pensi anche all'intervento legislativo “Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione”, legge del 24 febbraio 2006, n. 85.

vivo interesse non soltanto tra i tecnici, per primi attenti alle novità, ma anche tra il grande pubblico⁹⁹ –, che permettono di riportare alla ribalta un tema¹⁰⁰, qualche tempo fa oggetto di vivacissime discussioni mai del tutto sopite, circa la compatibilità di “quelle disposizioni penali che incriminano determinati tipi di manifestazione del pensiero quali il vilipendio, l’istigazione, la propaganda, l’apologia”¹⁰¹ con il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, garantito a tutti i cittadini dall’articolo 21 della Costituzione. Del resto, non si può certo affermare che un argomento, come quello dei reati di opinione, definito da una parte della dottrina “ad alto tasso di problematicità teorica”¹⁰² si sia mai del tutto sottratto alle luci dei riflettori. Tant’è vero che molti Progetti di riforma del Codice penale si sono occupati proprio delle disposizioni che prevedevano tali reati.

Anche la giurisprudenza di legittimità si era pronunciata sul tema, ribadendo con maggior decisione un orientamento per certi versi già espresso dai giudici costituzionali, che sentivano l’esigenza di delimitare in qualche modo l’applicabilità di talune disposizioni avvertite come ingombranti¹⁰³.

E la dottrina, che, per esempio, si è dedicata allo studio di un argomento controverso, quale quello del delitto politico, in fondo strettamente connesso alla problematica dei reati di opinione, esprimeva

⁹⁹ Si pensi, da questo punto di vista, anche ai molteplici processi per reati di opinione in cui, negli ultimi anni, sono stati coinvolti noti rappresentanti di alcune forze politiche, e che, grazie all’azione dei *media*, hanno avuto grande risonanza presso l’opinione pubblica.

¹⁰⁰ In questo senso ALESANI L., *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Giuffrè editore, Milano, 2006, 1.

¹⁰¹ Così, cfr. DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di un diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Milano, 1988, 2.

¹⁰² In tal senso, cfr. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 6, che, per contro, riconosce al tema una modesta incidenza sulla dinamica reale dell’organizzazione del consenso e del dissenso in una società di massa, attribuendogli un ruolo non certo “centrale” per le sorti dei regimi di democrazia liberale.

¹⁰³ Cfr. Cass., 22 novembre 1997, Sez. I, in *Dir. pen. proc.*, n. 1/1998 con riferimento al delitto di cui all’art. 414 c.p., “Istigazione a delinquere”.

qualche perplessità circa l'attualità della permanenza di questi reati nel quadro di un diritto penale costituzionalmente orientato¹⁰⁴.

Insomma si è respirato sicuramente “aria” di cambiamenti, e si ha avuto l'impressione che siano stati necessari più di vent'anni di silenzio, o comunque durante i quali i toni dell'accesa polemica, che caratterizzava gli scritti degli Autori degli anni settanta, si erano pacati, per riprendere, di certo più serenamente, il filo interrotto e ripensare a possibili scenari di riforma¹⁰⁵.

La riforma si era avuta nel 2006 con modifiche significative soprattutto dal punto di vista della risposta sanzionatoria, in linea con i più moderni valori politico-criminali di impronta costituzionale. Ma è proprio su questo terreno riformatore che la compatibilità con il diritto moderno continua, anche nei tempi attuali, a vacillare. Lo dimostra l'introduzione della recentissima aggravante di negazionismo, che riporta alla ribalta il tema dell'incriminazione dell'opinione e del rapporto con il diritto penale “moderno”.

Evidentemente, lo sforzo non è riuscito del tutto dato che il legislatore continua a mostrare, su questa materia, momenti di cedevolezza: è, come è stato detto, “la sconfitta del diritto penale”¹⁰⁶.

5.1. La nozione

È necessario innanzitutto procedere, in via preliminare, all'esatta individuazione di quali disposizioni penali vengono in interesse quando si fa riferimento ai cosiddetti “reati di opinione”.

La locuzione, in effetti, non è delle più chiare¹⁰⁷. Presa alla lettera, essa sembrerebbe riferirsi a reati che consistano in atti di pensiero,

¹⁰⁴ Cfr., in tali termini, PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 118.

¹⁰⁵ V. ALESANI L., *op. cit.*, 3.

¹⁰⁶ PARISI S., *Il negazionismo dell'olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, n. 4, 883-884.

nell'averne, cioè, una certa opinione, nel pensarla in un certo modo a proposito di qualcosa. Questa definizione del concetto sarebbe tuttavia del tutto priva di rilievo¹⁰⁸, posto che il nostro sistema penale, essendo informato al principio di materialità del reato, non può vietare puri atti di pensiero; 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.

Secondo una parte autorevole della dottrina¹⁰⁹ la denominazione sarebbe impropria, in quanto anche per queste particolari figure criminose non potrebbe negarsi l'esistenza di una condotta esterna¹¹⁰. Parlando di "reati di opinione" ci si riferirebbe, perciò, piuttosto, a fattispecie che incriminano la manifestazione, l'espressione di un certo contenuto di pensiero; non a caso, si è proposto di sostituire la denominazione, per una maggiore aderenza alle modalità esecutive del comportamento, con quella di "reati di espressione"¹¹¹.

Non però, a tutte le fattispecie che incriminano la manifestazione di un atto di pensiero. Se imperniata su questo esclusivo elemento, la categoria risulterebbe 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 i problemi tipicamente evocati nella

¹⁰⁷ In questo senso SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 689 ss.

¹⁰⁸ V. SPENA A., *op. cit.*, 690.

¹⁰⁹ V. ALESANI L., *op. cit.*, 3.

¹¹⁰ In questi termini, cfr. MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, 240, il quale, infatti, ritiene che nei confronti di tali fattispecie potrà al massimo insorgere un problema di legittimità costituzionale della norma che le delinea, nei limiti in cui siano violate, o comprese irragionevolmente, le garanzie di libertà assicurate dal Costituente. E l'Autore coglie nel segno (v. ALESANI L., *op. cit.*, 3), poiché il problema non pare tanto quello di affermare o negare l'esistenza di una condotta avvertibile *ab externo*, che deve comunque esservi, quanto piuttosto quello di evitare, attraverso una sempre più fitta volatilizzazione dell'aggressione all'interesse protetto, la configurazione di illeciti di mera disobbedienza.

¹¹¹ V. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1971, 55; la riserva è considerata meritevole di attenzione: cfr. DI GIOVINE A., *op. cit.*, 2.

critica dei reati d'opinione, ossia il conflitto con il principio della libertà di espressione¹¹².

Al di là delle specificità delle singole figure di reato che sono fatte rientrare nella categoria dai diversi Autori¹¹³, bisogna capire quali sono i tratti comuni, le “somialtanze di famiglia” che intercorrono tra di esse, o meglio le caratteristiche di genere che ne fanno istanze paradigmatiche del concetto di reato d'opinione¹¹⁴.

a) Tanto per cominciare, lo si è già detto, sono tutti reati che consistono nell'espressione, nella manifestazione, di un certo pensiero (vilipendio, propaganda, apologia): e in particolare, in una manifestazione recettiva di un pensiero¹¹⁵. Punto di partenza è, quindi, sicuramente, il riconoscimento del diritto alla libertà di manifestazione del pensiero¹¹⁶; sicché, sotto l'etichetta “reati di opinione”, che non ha certamente alcuna pretesa scientifica, possono raggrupparsi le ipotesi di

¹¹² Così SPENA A., *op cit.*, 690, secondo il quale finirebbero, ad es., per doversi considerare, non solo l'ingiuria e la diffamazione, ma anche una varietà assai disparata di fattispecie quali la corruzione, la concussione, l'estorsione, la falsa testimonianza ed altre.

¹¹³ È opportuno sottolineare che diverse sono state le classificazioni proposte in dottrina. In questo lavoro si accoglie, ai fini della delineazione delle caratteristiche di genere dei reati di opinione, quella che risulta da SPENA, *op. cit.*, 691 per cui esisterebbero (la prospettiva è anteriore alla riforma del 2006) quattro classi di ipotesi criminose riconducibili alla nozione di “reato di opinione”: 1) le varie forme di vilipendio, propaganda, e apologia, incriminate tra di delitti contro lo Stato (272, 278, 279, 290.292, 299 c.p.); 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 (403, 404, 406 c.p.); 4) la propaganda razzista, di cui alla prima parte della lett. a, del primo comma dell'art. 3 della Legge 654/1975. Parzialmente diversa la classificazione proposta da PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla riforma del titolo I libro II c.p.*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1982, 39, la quale non include la propaganda razzista, mentre include le condotte di istigazione, nonché i reati di offesa a persone rivestite di funzioni costituzionali o comunque politiche. Queste due ultime figure delittuose non presentano però alcuni dei tratti che accomunano la categoria generale.

¹¹⁴ L'osservazione appartiene a SPENA, *op. cit.*, 692.

¹¹⁵ Nel senso che per la loro sussistenza oltre alla esternazione è necessaria l'altrui percezione: così MANTOVANI, *Diritto penale, PS, I: Delitti contro la persona*, sesta edizione, Padova, 2005, 201, in relazione ai delitti di ingiuria o diffamazione, cui, sotto questo aspetto, i reati di opinione possono essere assimilati.

¹¹⁶ Come nota ALESANI L., *op cit.*, 4, esso era solennemente affermato già nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 al punto IX, prima della sua proclamazione nell'art. 21 della Cost. italiana.

reato nei cui confronti è pensabile una potenziale conflittualità con il diritto alla libera manifestazione del pensiero¹¹⁷.

b) L'espressione non potrà essere di qualsiasi pensiero, bensì di un pensiero avente un contenuto non meramente narrativo o informativo ma critico¹¹⁸.

c) Ad essere incriminata è una condotta meramente comunicativa e da ciò derivano una serie di precisazioni. In primo luogo poco importa quale sia il canale concretamente prescelto attraverso il quale è fatto passare il messaggio comunicato. In secondo luogo la condotta illecita è fatta consistere proprio nell'espressione di una certa opinione, a prescindere da ogni ulteriore proiezione esterna della condotta espressiva; non si richiede l'obiettiva capacità della condotta o la subiettiva intenzione dell'agente di provocare nel mondo esterno alcunché di diverso dalla mera ricezione del messaggio; la condotta da parte del legislatore è assunta dal punto di vista del contenuto valutativo del messaggio espresso¹¹⁹. In terzo luogo le incriminazioni di reati d'opinione sono restrizioni *content-based*, e non *content-neutral*, della comunicazione del pensiero: esse vietano una certa manifestazione del pensiero proprio in considerazione del messaggio espresso: 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) Ultima, fondamentale, caratteristica condivisa delle diverse ipotesi paradigmatiche di reati d'opinione sta nel fatto che la condotta

¹¹⁷ In questa prospettiva DI GIOVINE., *op. cit.*, 7, con riferimento ai limiti penalistici della libertà di manifestazione del pensiero che danno luogo a reati comunemente definiti di opinione individua tre tradizionali direttrici in cui si articolano tali limiti: tutela dell'onore e della riservatezza dell'individuo, tutela del buon costume e della religione, tutela dello stato. La notazione è ripresa anche da ALESANI L., *op. cit.*, 5.

¹¹⁸ Si tratta di reati la cui condotta illecita consiste nell'espressione di un certo modo di pensarla rispetto ad un certo oggetto di pensiero, come nota SPENA A., *op. cit.*, 692.

¹¹⁹ SPENA A., *op. cit.*, 693, sottolinea che questa è una caratteristica che non si rinviene in tutta una serie di altri reati che, pur consistendo, in condotte espressive di un pensiero, sono prese in considerazione solo in forza degli effetti che producono, o sono capaci di produrre, nel mondo esterno: ad es., i delitti di istigazione, concussione, corruzione, minaccia ed altri.

espressiva è presa in considerazione in quanto turbativa di valori morali, spirituali, ideali, o di sentimenti o sensibilità¹²⁰. Non si tratta, però, di valori morali, o di sentimenti qualsiasi, bensì, oggetto di tutela delle norme incriminatrici di reati di opinione sono direttamente valori morali sovra-individuali, od anche una sensibilità collettiva o diffusa rispetto a certi valori morali¹²¹.

Se assumiamo che ognuna di quelle sin qui indicate costituisca una caratteristica rilevante ai fini della costruzione del concetto di “reato d’opinione”, possiamo ricavare una definizione di sintesi della categoria in questione: potremo sostenere 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 espressione – verbale o comportamentale – di un’opinione turbativa rispetto ad un valore morale sovra-individuale, od anche in quanto turbativo di una sensibilità sovra-individuale rispetto ad un valore morale¹²².

5.2. La genesi storica

In questo quadro si avverte l’esigenza di intraprendere una breve indagine in chiave storica, vola a ricostruire i precedenti legislativi delle odierne disposizioni che prevedono i cosiddetti “reati di opinione”. Ciò allo scopo di verificare se una riflessione sull’origine e sull’evoluzione di tali fattispecie possa in realtà offrire all’interprete, soprattutto in un’ottica *de iure condendo*, gli strumenti per giungere alla soluzione di una questione

¹²⁰ La giurisprudenza, costituzionale e ordinaria, fa riferimento variamente, 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).

¹²¹ SPENA A., *op. cit.* 695, mette in evidenza che questa caratteristica non si riscontra in quei reati che aggrediscono direttamente valori morali, o sensibilità individuali, quale ad es. la dignità di una persona, come l’ingiuria o la diffamazione, nei quali è aggredito il valore morale dell’altrui dignità, preso però in considerazione della sua dimensione individuale. Né essa si riscontra in quei reati che aggrediscono sensibilità collettive o diffuse ma non di alto livello: come ad es. i reati contro il comune senso del pudore (528 c.p.).

¹²² Così, SPENA A., *op. cit.*, 696.

tanto complessa come quella che esamina l'esistenza, all'interno dell'ordinamento, dei reati di opinione.

Già nel diritto romano se ne rinviene un precedente¹²³, ed anzi gli odierni “reati di opinione” altro non sono che una sua versione moderna e aggiornata. Il riferimento è al temibile istituto del *crimen laesae maiestatis*¹²⁴, categoria “onnivora” in cui confluivano tutte le fattispecie suscettibili di indebolire la figura del despota, e fondamento di tutte le feroci persecuzioni che, in nome della ragione di stato, immolarono i più sacri diritti della individualità umana. Tracce dell'istituto se ne ritroveranno, anche molto dopo, nei Codici nel 1800 a partire da quello francese del 1810¹²⁵.

La moderna problematica dei delitti di opinione emerge, proprio, storicamente, con il primo stabilizzarsi degli ordinamenti liberali, quando l'esigenza della libertà di manifestazione del pensiero si è fatta sentire in termini più pressanti¹²⁶, con non pochi problemi con le disposizioni penali. E si presenta in stretta connessione con la configurazione che assumono, nei Codici del 1800, i delitti contro lo Stato. Del resto, parte della dottrina¹²⁷ nota che, alla radice delle disposizioni penali, che variamente incriminano la manifestazione del pensiero, c'è il timore che uno spregiudicato esercizio della libertà d'espressione possa travolgere, con la vecchia cultura e le vecchie istituzioni, anche le basi attuali del potere politico, appena attestato sui difficili equilibri dell'ordinamento parlamentare.

¹²³ V. ALESANI L., *op. cit.*, 8.

¹²⁴ Sulla storia e l'evoluzione di tale istituto, cfr. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. III, Napoli, 1885, 10 s., dove si leggono parole severe nei confronti di quella che l'Autore definisce “terribile costruzione”. Cfr., pure, SBRICCIOLI M., *Crimen laesae maiestatis*, Milano, 1974.

¹²⁵ Tant'è che si legge in FIORE, *op. cit.*, 17: “la dottrina finisce ben presto per prendere atto che l'abolizione dei reati di lesa maestà, ufficialmente salutata come ripudio definitivo di un passato ormai sepolto, era stata, in realtà, poco più che una lustra”.

¹²⁶ V. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1965, il quale non manca di precisare come la libertà di espressione della opinione ha dovuto subire troppe volte ingiustificate restrizioni sia in tempi antichi che in tempi moderni.

¹²⁷ In tal senso, cfr. FIORE, *op. cit.*, 19-20.

Queste, sulla base di tre dimensioni di tutela del reato di opinione (tutela dello stato, del sentimento religioso e del buon costume, e dell'onore e della riservatezza dell'individuo), le tappe fondamentali della sua evoluzione storica¹²⁸: dal Codice sardo-piemontese del 1839 ad altri Codici preunitari appartenenti a realtà molto diverse rispetto a quelle piemontese; dall'Editto sulla stampa del 1848 al primo Codice penale italiano del 1859; dal codice Zanardelli del 1889 alle leggi antianarchiche del 1894; fino al Codice Rocco del 1930, per giungere alla solenne proclamazione, attraverso l'art. 21 della Costituzione, del diritto alla libera manifestazione del pensiero, che via via ha messo in crisi l'originaria impalcatura del vigente Codice, prima con le pronunce di illegittimità costituzionale, poi con le più recenti modifiche legislative del 2006, ed infine con i Progetti di riforma del medesimo, da ultimo elaborati.

Un secolo e più di legislazione penale – a cominciare dall'Editto Albertino sulla stampa – documenta, invero, la sostanziale continuità della nostra tradizione legislativa, nell'incriminazione del delitto d'opinione; anche se, ovviamente, è solo con le leggi penali coniate dal fascismo che la repressione del dissenso si esprime nel divieto, aperto e brutale, di ogni opposizione all'ideologia dominante¹²⁹. Ed il legislatore, anche negli anni più recenti, continua a cedere alla “tentazione” di incriminare espressioni di pensiero, facendo vacillare i valori del diritto penale moderno; si pensi alla “nuova” aggravante di negazionismo introdotta nel nostro ordinamento con la legge n. 115 del 2016 che ben si colloca nell'ambito della categoria dei reati di opinione.

Tutto ciò, inevitabilmente, segna una forte battuta d'arresto al processo democratico di superamento del diritto penale autoritario.

¹²⁸ Per un approfondimento dell'indagine storica v. ALESANI L., *op. cit.*

¹²⁹ V. FIORE, *op. cit.*, Introduzione.

5.3. La problematicità: determinatezza, sproporzione edittale e offensività

Senza entrare nel merito di un'analisi delle singole fattispecie incriminatrici dei reati d'opinione¹³⁰, la categoria in questione, considerata nel suo complesso e come qui si è definita (v., *infra*, par. 5.1, Cap. I), presenta essenzialmente tre tipi di problemi: problemi di determinatezza delle fattispecie, problemi di sproporzione tra reato e sanzione, problemi di offensività delle condotte incriminate¹³¹.

Le fattispecie dei reati d'opinione sono, innanzitutto, generalmente affette da due tipi di indeterminazione¹³². Una prima ragione 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, 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 esclusivamente dall'oggetto della condotta o dall'identità del soggetto attivo di essa. La nozione del "vilipendere"¹³³, però, si caratterizza per un'accentuata vaghezza di contenuto che si manifesta nell'ampia libertà di cui ha sinora goduto la giurisprudenza nell'identificare le condotte da punire a titolo di vilipendio¹³⁴. Un discorso analogo vale anche per le fattispecie di apologia e di propaganda: anche qui le definizioni che sono proposte sono

¹³⁰ Non è questo, infatti, l'obiettivo di questo lavoro che sarà incentrato dopo il capitolo I di stampo introduttivo sull'analisi della particolare fattispecie di recente introduzione dell'aggravante di negazionismo; v., *infra*, Cap. II e III.

¹³¹ V. SPENA A., *cit.*, 696 e FIORE, *op. cit.*, 16 ss.

¹³² In questo senso SPENA A., *cit.*, 697.

¹³³ V. PROSDOCIMI, voce *Vilipendo (reati di)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 739. Cfr. CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, *Indice pen.*, 1970, 547.549; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, seconda edizione, Bologna, 1002, 92.

¹³⁴ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 152-3.

generalmente incapaci di condurre ad una sufficiente determinazione delle categorie di comportamenti in grado di integrare le relative fattispecie¹³⁵.

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: un'indeterminatezza indotta, cioè, dalle incertezze circa il reale contenuto offensivo della condotta incriminata. Il punto, cioè, è che spesso sono incerti, o controversi, gli scopi di tutela perseguiti dalle incriminazioni di reati d'opinione¹³⁶; detto altrimenti, l'individuazione del bene giuridico tutelato. Ciò rende difficilmente praticabile anche quell'interpretazione teleologica, che normalmente consente di sopperire alle deficienze di determinatezza nella descrizione delle fattispecie delle norme giuridiche; l'effetto è una sorta di indeterminatezza "di ritorno" delle fattispecie incriminatrici di reati d'opinione¹³⁷.

Altro aspetto problematico di questi reati è costituito dal fatto che le norme incriminatrici prevedono, specie nel caso dei reati di opinione politici (previsti, cioè, tra i "delitti contro la personalità dello Stato"), margini edittali di pena molto elevati¹³⁸; ma anche al di fuori dei reati politici i livelli sanzionatori non possono certo dirsi miti¹³⁹. Margini edittali così considerati si spiegano in relazione al sistema di valori di cui era espressione il codice Rocco. Si comprende, pertanto, che nella prospettiva di un sistema giuridico-politico, come quello fascista, caratterizzato dalla

¹³⁵ V. FIORE, *op. cit.*, 47-59; BARILE, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in Enc. Dir., XXIV, Milano, 1974, 471-4; FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, 79-80.

¹³⁶ Un esempio può essere l'ipotesi di vilipendio politico: tutela l'integrità concettuale di certi valori morali politicamente rilevanti? O forse il prestigio di istituzioni? Si a prevenire il pericolo di disobbedienze da parte dei cittadini? Sul punto v. RUGA RIVA, *sub art. 290 c.p.*, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, seconda edizione, Milano, 2006, 2022-2029.

¹³⁷ In questo senso SPENA A., *op. cit.*, 699.

¹³⁸ V. SPENA A., *op. cit.*, 700, che fa alcuni esempi: il vilipendio alla nazione italiana e il vilipendio alla bandiera italiana 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 con la reclusione da sei mesi a tre anni; la propaganda e l'apologia sovversiva o antinazionale, addirittura con la reclusione da uno a cinque anni.

¹³⁹ Sempre SPENA A., *op. cit.*, nota come 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.

ipostatizzazione e dalla sacralizzazione dell'idea di Stato, questi reati, 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 comminatorie edittali così sostenute in relazione a fatti la cui sostanza è quella di offendere, o di contrastare, 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, non più dello Stato, ma della persona umana e della sua dimensione individuale e sociale¹⁴⁰.

Indeterminatezza e sproporzione edittale sono problemi del tutto contingenti, che cioè caratterizzano la normativa penale italiana in materia di reati d'opinione, frutto di precise scelte di tecnica incriminatrice, ma che non sono necessariamente presenti nella formulazione di una norma penale che punisce i reati di opinione.

Abbiamo accennato anche ad un terzo tipo di problemi che è, in un certo senso, invece, strutturale e connaturato al concetto stesso dei reati d'opinione, per come si è ricostruito. Più precisamente si tratta delle ragioni di offensività che maggiormente connotano la categoria dei reati d'opinione come categoria problematica: 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 sono implicite nella definizione stessa che dei reati di opinione si è data (*infra*, par. 5.1, Cap. I), nel senso che in essi è ineludibile una relazione di conflittualità, o quantomeno di tensione, rispetto ad alcuni postulati essenziali di ogni liberal-democrazia. Se l'incriminazione di un reato d'opinione ha ad oggetto l'espressione d'un'opinione ed è posta a tutela di

¹⁴⁰ V. SPENA A., *op. cit.*, 701.

valori morali o spirituali sovra-individuali, o di sensibilità collettive¹⁴¹ rispetto ad essi gli interrogativi che sorgono sono essenzialmente due: è legittimo, e – se sì – fino a che punto, vietare penalmente l’espressione di un’opinione?; 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 livello¹⁴²? È questione tutt’altro che risolta.

5.4. 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.¹⁴³

Questa è la via imbattuta dalla Corte costituzionale che con varie sentenze interpretative, ha ritenuto di rigettare le questioni di costituzionalità sollevate in merito ad alcuni reati di opinione: queste incriminazioni non sarebbero poste 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; piuttosto, di beni ed interessi dotati di ben altra consistenza¹⁴⁴.

Ne è esempio il terzo comma dell’art. 414 c.p., che incrimina l’apologia di delitto. La Corte, invece di dichiarare l’incostituzionalità per contrasto con l’art. 21 Cost., ha preferito procedere ad una manipolazione della fattispecie, trasformando l’apologia di reato (che consiste nella semplice

¹⁴¹ SPENA A., *op. cit.*, 701 li individua nel prestigio dello Stato e delle pubbliche istituzioni; idea di nazione; sentimento nazionale; sentimento religioso; pace e tranquillità sociale; ideale dell’ordine pubblico; fedeltà alla legge e ai valori in essa incarnati; eguaglianza tra le persone.

¹⁴² V., *infra*, par. 3, cap. I.

¹⁴³ V. SPENA A., *op. cit.*, 726 ss.

¹⁴⁴ V. Corte cost. 20/1974 in riferimento al vilipendio: non sarebbe incriminata la mera critica, anche severa, ma quella critica che risulti pericolosa, perché oggettivamente capace di indurre pubblici disordini o disobbedienze.

esaltazione pubblica di fatti delittuosi) in un'istigazione indiretta al delitto¹⁴⁵.

L'interprete è posto di fronte a un bivio. Riconfigurare, per via interpretativa, le fattispecie dei reati di opinione in termini di reati di pericolo concreto implicito¹⁴⁶. Il che è problematico perché in questa maniera la selezione del tipo di condotta rilevante spetterà all'interprete (ovvero al giudice di merito) su cui verrebbe fatta gravare la responsabilità del rispetto dei principi di un diritto penale costituzionalmente orientato. Inoltre, nella sostanza si condannerebbero queste figure ad una totale inutilità: è estremamente inverosimile¹⁴⁷, ad es., che un'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.

La via alternativa sarebbe quella del pericolo astratto. A seguirla, però, si corre il rischio, in un certo senso opposto, di un'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 esempio di una condotta di apologia di delitto, o di propaganda sovversiva o antinazionale, ritenendola implicita nel giudizio circa la sua formale

¹⁴⁵ V. Corte cost., sentenze nn. 87/1966, 84/1969, 16/1973. Pietra miliare di questa impostazione è: Corte cost., sentenza n. 65 del 1970. La Corte salva i reati di opinione dal conflitto costituzionale interpretandoli come fattispecie a pericolo concreto, in cui il pericolo connota l'evento della fattispecie incriminatrice. Il giudice deve, insomma, individuare di volta in volta un "elemento oggettivo: se ne recupera così il carattere offensivo. Da ciò l'apologia punibile deve essere letta alla stregua di un'"istigazione indiretta" e non è la mera manifestazione di pensiero ma quella che sia "concretamente idonea a provocare la commissione di delitti".

¹⁴⁶ Reati nella fattispecie dei quali non è espressamente previsto alcun pericolo concreto, e che tuttavia, in forza di un'interpretazione costituzionalmente orientata, dovrebbero considerarsi punibili solo a condizione che dalla condotta tipica consegua effettivamente un certo tipo di pericolo. V. GALLO, in *Giur. merito*, 2002, 793; BOGNETTI, *Vilipendio del governo e principi costituzionali di libertà d'espressione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1960, 959.

¹⁴⁷ Così SPENA A., *op. cit.*, 727.

sussumibilità nella fattispecie di un reato di opinione¹⁴⁸. Così intesi i reati di opinione finirebbero per entrare in conflitto con altri principi di riconosciuta dignità costituzionale, quali quelli di oggettività e offensività del reato.

5.5. I meriti e i limiti della riforma del 2006

La novella n. 85 del 2006¹⁴⁹ si rapporta rispetto alla cifra problematica complessivamente riconoscibile nella categoria dei reati d'opinione, come delineata nei paragrafi precedenti. Cerca di mettere mano a tutti i profili esposti e se, dunque, l'ispirazione di fondo sembra condivisibile, gli esiti dell'intervento, sono per più versi contraddittori e insoddisfacenti¹⁵⁰.

Un primo punto sul quale ha inteso incidere è quello della determinatezza della fattispecie dei reati di opinione, almeno nella parte in cui ha cercato di precisare la portata offensiva di alcune delle fattispecie in questione. L'intento sembra emergere chiaramente nella riformulazione dell'art. 292 c.p. (vilipendio alla bandiera o altro emblema dello Stato)¹⁵¹. Una ristrutturazione analoga ha riguardato anche l'art. 404 c.p. e, per certi versi, l'art 3, primo comma, l. 654/75: in questo ultimo caso, la novella ha sostituito le precedenti locuzioni “chi diffonde in qualsiasi modo idee” e “incita” rispettivamente con “chi propaganda idee” e “istiga”; non è chiaro, tuttavia, in che termini le nuove locuzioni siano più determinate di quelle usate in precedenza¹⁵².

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

¹⁴⁸ V., ad es., Cass., 11 aprile 1986, Alloro, in *Riv. Pen.*, 1987, 311. Ulteriori riferimenti in FIORE, *op. cit.*, 54, 74.

¹⁴⁹ Per un primo autorevole commento v. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto* n. 14/2006, 23 ss. V. anche CLEMENTE A., *Modifiche al c.p. in materia di reati di opinione a seguito della l. n. 85 del 2006*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, fasc. 1, 26-33 che parla di riforma “chiaro-scurale”.

¹⁵⁰ V. SPENA, *op. cit.*, 728.

¹⁵¹ Sul punto v. RUGA RIVA, *op. cit.*, 2043; PADOVANI, *op. ult. cit.*, 26-7.

¹⁵² V. SPENA, *op. cit.*, 732 ss.

delle sanzioni previste per quei reati d'opinione che le sono sopravvissuti. In alcuni casi, la pena è rimasta dello stesso tipo e specie (reclusione), ma ne è stato ridotto il *quantum* edittale¹⁵³; 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 multa¹⁵⁴.

La novella sembra, infine, aver voluto affrontare anche alcuni dei problemi di offensività che attraversano la categoria. L'intervento più drastico da questo punto di vista è certamente consistito nell'abrogazione espressa di alcune disposizioni incriminatrici, con conseguente abolizione della relativa incriminazione¹⁵⁵. Questa sarebbe, in effetti, la soluzione più coerente con gli argomenti di principio e con l'assunto che la categoria dei reati d'opinione è insanabilmente in conflitto, ora con l'art. 21 Cost., ora con i principi di necessaria materialità e offensività¹⁵⁶. Il legislatore ha scelto una via diversa: mantenere, cioè, 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. La riforma ignora del tutto, per esempio, l'apologia di

¹⁵³ SPENA, *op. cit.*, 733, nota che ciò è accaduto tra i delitti previsti dal codice per l'art. 292 c.p. e il 404 c.p.; fuori dal codice, una riduzione meramente quantitativa della pena comminata si è avuto 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 sino a seimila euro.

¹⁵⁴ 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.). Un discorso a parte richiede l'art. 299 c.p. che appare oggi affetto da un vizio di collocazione sistematica: v. CLEMENTE A., *op. cit.*, 28.

¹⁵⁵ Questa è la "sorte meritata" toccata a fattispecie come quella di Attività antinazionale del cittadino all'estero (art. 269 c.p.), di Propaganda e apologia sovversiva 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.): sul punto v. SPENA, *op. cit.*, 736.

¹⁵⁶ In questo senso, SPENA, *op. cit.*, 738.

delitto e il delitto di propaganda di idee fondate sulla superiorità della razza o sull'odio razziale o etnico, certamente da abolire.

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: non è riuscita a mettersi alle spalle la repressione penale del dissenso politico, religioso, culturale, sociale.

De iure condito non rimane che affidarsi alla scriminante dell'art. 51 c.p., nella parte in cui stabilisce che la punibilità sia esclusa quando il fatto costituisca esercizio di un diritto¹⁵⁷.

De iure condendo è, invece, da auspicare un ulteriore, e meglio ponderato intervento riformatore che finalmente faccia giustizia dell'intera categoria dei reati di opinione: è necessario assicurare che la perdurante presenza di queste fattispecie nel nostro sistema penale non pregiudichi in maniera insostenibile il diritto fondamentale alla libertà di espressione e la funzione critico-garantista del diritto penale come *Magna Charta libertatum del reo*¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Si tratta di una soluzione ovviamente provvisoria: v. SPENA, *op. cit.*, 738.

¹⁵⁸ In questo senso CLEMENTE A, *op. cit.*, 33.

CAPITOLO II

IL NEGAZIONISMO E IL DIRITTO PENALE: TRA SPINTE INCRIMINATRICI UE E PRINCIPI FONDAMENTALI CEDU

SOMMARIO: 1. La fattispecie di negazionismo: concetto e origine – 1.1. Negazionismo vs. revisionismo – 2. L’“antinegazionismo giuridico”: dal negazionismo come concetto al negazionismo come reato – 2.1. La prima stagione di repressione penale del negazionismo – 2.2. Le giurisprudenze costituzionali a confronto – 3. Le fonti internazionali in materia – 4. Le spinte incriminatrici UE – 4.1. L’evoluzione – 4.2. La Decisione quadro e la seconda stagione di repressione penale – 4.3. Gli effetti di armonizzazione della Decisione quadro – 5. I principi fondamentali CEDU – 5.1. I tre stadi evolutivi della Corte EDU tra libertà di espressione, abuso di diritto e protezione della democrazia – 5.2. La soluzione del caso *Perinçek* – 5.3. Verso una nuova fase della giurisprudenza europea.

1. La fattispecie di negazionismo: concetto e origini

Si sono tracciate le linee guida della categoria dei “reati di opinione” e se ne è messa in evidenza la fisiologica tensione con i principi fondamentali del diritto penale della modernità¹⁵⁹. Ebbene, nonostante la tangibile problematicità di tali fattispecie, ancora, oggi, il legislatore continua a “inciampare” nella “trappola” di un diritto penale “simbolico-espressivo”.

Da ultimo, in Italia la l. 16 giugno 2016, n. 115, coerentemente con gli *inputs* europei e internazionali¹⁶⁰, introduce l’aggravante di negazionismo che attribuisce rilevanza espressa al fatto di diniego: è il più recente esempio italiano di un vero e proprio reato di opinione.

Si può punire (e si può perdonare)¹⁶¹ il negazionismo, cioè la negazione di crimini non punibili e imperdonabili che trascendono il dominio dell’uomo? La negazione delle camere a gas e dei forni crematori nei campi di sterminio nazisti è un’opinione pari alle altre? Merita di essere accolta e protetta nel discorso pubblico, in nome della libertà di espressione? Il legislatore è legittimato a perseguire imposture storiche e farneticazioni ideologiche, o minacciare di pena la parola “negazionista” contraddice valori fondamentali del diritto penale e dello stare insieme con chi la pensa diversamente della stragrande maggioranza dei consociati? Anche se il dato pare tratto, la problematicità è alta e la questione tutt’altro che chiusa, almeno per i penalisti¹⁶². La nuova circostanza aggravante

¹⁵⁹ V. *infra*, Cap. I.

¹⁶⁰ In questo senso, PUGLISI G., *A margine della cosiddetta aggravante di negazionismo: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Dir. pen. contemp.* (ed. web), luglio 2016.

¹⁶¹ “Tutto ciò che sappiamo è di non poter né punire né perdonare tali crimini, che quindi trascendono il dominio delle cose umane e la potenzialità del potere umano, distruggendoli entrambi radicalmente ovunque compaiano”: ARENDT H., *Vita Activa. La condizione umana*, tr. it. di FINZI S., Milano, 1988, 241

¹⁶² V. CAPUTO M., *La “menzogna di Auschwitz”, le “verità” del diritto penale. la criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in AAVV, *“Verità” del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, Jovene, 2014

sollecita una rinnovata riflessione su importanti problemi di oggi, ben al di là della portata della norma così come riformulata: in discussione è la tenuta del sistema penale moderno nel suo complesso¹⁶³. Procediamo per ordine.

Una riflessione sul negazionismo¹⁶⁴ come reato richiede, innanzitutto, di chiarire il significato del concetto¹⁶⁵. In realtà il primo scoglio dinanzi alla possibilità dell'incriminazione del negazionismo è la sua "definibilità"¹⁶⁶ in termini sufficientemente determinati come richiesto dal principio di legalità sia nella disciplina costituzionale (art. 25, 2° co., Cost.) che in quella convenzionale (art. 7 Cedu)¹⁶⁷. La difficoltà definatoria è, peraltro, strettamente connessa alla necessità, cui non si può rinunciare in sede storiografica né giuridica, di distinguere con sufficiente chiarezza tra negazionismo e revisionismo (v. *infra*, par. 1.1, Cap. II): la ricerca scientifica, infatti, deve caratterizzarsi per la disponibilità dello studioso a infrangere schemi e interpretazioni della storiografia maggioritaria nella consapevolezza che l'indagine non può dirsi mai del tutto esaurita¹⁶⁸. A ciò si aggiunge che il "vero" o il "falso" (ma forse sarebbe più prudente dire il "verosimile") può essere riferito ora al fatto ora alla sua qualificazione storico/giuridica; ad esempio, negare una circostanza del fatto storico è spesso, per il negazionista, strumentale al rifiuto della sua qualificazione come genocidio o come crimine contro l'umanità¹⁶⁹.

¹⁶³ Così PULITANO' D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. contemp.*, 16-10.2015.

¹⁶⁴ Sul negazionismo, in ambito storiografico o sociologico, cfr., tra gli altri, D'AMICO (a cura di), *Razzismo, antisemitismo, negazionismo*, Asti, 2007; DI CESARE A., *Se Aushwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Il Melangolo, 2012; RECCHIA LUCIANI F., PATRUNO L., *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, il Nuovo Melangolo, 2013; VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, dove si legge (cfr. *ivi*, 4, nota 3) che il termine "negazionismo" è usato la prima volta in ROUSSO, *Le syndrome de Vichy: De 1944 à nos jours*, Paris, 1987.

¹⁶⁵ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.

¹⁶⁶ A riprova della necessità, per il penalista, di approfondire la definizione di negazionismo, anche ai fini di un giudizio sull'opportunità o meno di una sua sanzione criminale, cfr. l'attenta analisi di CAPUTO M., *op. cit.*, 5-8.

¹⁶⁷ Così LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte EDU sul genocidio armeno (2015)*, Cedam, 2016

¹⁶⁸ V. RECCHIA LUCIANI F., PATRUNO L., *op. cit.*, 24.

¹⁶⁹ Così DI CESARE A., *op. cit.*, 18.

Alle fatiche dello storico neppure ha giovato, sotto questo profilo, la definizione normativa di determinati eventi macro – offensivi come crimini di guerra, genocidi o crimini contro l’umanità, maturata nel campo del diritto internazionale e poi nel diritto interno agli Stati a partire dalla seconda metà del XX secolo¹⁷⁰. Tale processo di definizione normativa ha posto l’ulteriore interrogativo se tali qualificazioni possono o meno applicarsi ad eventi pregressi e se ne sia lecito un ricorso al di fuori di una nozione strettamente giuridica. In particolare, con espresso riferimento all’uso del termine “genocidio”, spesso si fronteggiano da un lato le posizioni delle vittime e dei loro discendenti, che ne chiedono il riconoscimento invocando un’applicazione retroattiva, almeno in senso simbolico, delle norme della Convenzione ONU del 1948, dall’altro le posizioni di quanti simpatizzano, se non per i carnefici, per l’ideologia di cui questi sono o furono portatori¹⁷¹.

Detto ciò, secondo l’accezione originaria¹⁷², con il termine “negazionismo” si intende la negazione, totale o parziale, dell’Olocausto in sé e per sé considerato ovvero come genocidio programmato degli Ebrei realizzato in Europa sotto il nazionalsocialismo, durante la seconda guerra mondiale, in attuazione della “soluzione finale” (*Endlosung*), decisa nella Conferenza di *Wannsee* del 20 gennaio 1942. Tale prospettiva si esprime talora come negazione di particolari modalità di eliminazione delle vittime, *in primis* delle camere a gas, venendo meno le quali sarebbe smentita l’esistenza di un progetto di sterminio del popolo ebraico da parte del *Reich* o sarebbe provata l’“invenzione dell’Olocausto” in vista della costruzione o della legittimazione dello Stato di Israele.

¹⁷⁰ La norma definitoria del crimine di genocidio, contenuta nella Convenzione ONU del 1948, è ripresa negli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e per il Ruanda e, infine, all’art. 6 dello Statuto di Roma (1998), che pure definisce e punisce i crimini contro l’umanità (art. 7), i crimini di guerra (art. 8) e il crimine di aggressione (art. 8-bis). Sul tema v. LEOTTA, *Il genocidio nel diritto penale internazionale*, Torino, 2013.

¹⁷¹ V. LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte Edu sul genocidio armeno (2015)*, Cedam, 2016.

¹⁷² Cfr. in particolare VERCELLI, *op. cit.*, 3-22.

Secondo un uso più recente¹⁷³, il negazionismo, caratterizzandosi più per un metodo che per un contenuto univoco, riguarda anche fatti diversi dall'Olocausto, normalmente qualificabili come crimini contro l'umanità o come genocidio, cui è connesso un giudizio di responsabilità morale, storica o giuridica dei singoli autori o di un intero Stato¹⁷⁴.

Pur senza approfondire in questa sede le radici culturali del negazionismo "olocaustico", considerato modello degli altri negazionismi¹⁷⁵, si consideri come questo complesso fenomeno abbia ragioni profonde, anche legate alla circostanza che esso sia espressione di un radicalismo politico ora di "destra" ora di "sinistra", alimentato da un approccio scettico e complottistico dinanzi alla realtà e alla storia¹⁷⁶. Nei tempi più recenti, inoltre, è divenuto un cavallo di battaglia di alcune frange del fondamentalismo islamico¹⁷⁷.

In ogni caso, giova a una definizione più completa del fenomeno la curiosa ricostruzione delle principali caratteristiche del fenomeno negazionista operata dall'*Institute of Historical Review* nel 1973 con la formulazione degli otto assiomi del negazionismo¹⁷⁸. Senza alcuna pretesa di esaustività, può dirsi che il negazionismo olocaustico pone in discussione tre caratteri essenziali della *Shoah*: la dimensione tecnologica e, in particolare l'utilizzo delle camere a gas; la dimensione quantitativa dello

¹⁷³ V. LEOTTA C., *op. cit.*, 6 ss; FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, XII ss.

¹⁷⁴ È questo il caso del negazionismo del genocidio degli Armeni di cui si discute nella vicenda *Perincek* che verrà affrontata più avanti.

¹⁷⁵ V. LEOTTA C., *op. cit.*, 6.

¹⁷⁶ Cfr. VERCELLI C., *op. cit.*, 72-82.

¹⁷⁷ V. VERCELLI C., *op. cit.*, 142-167.

¹⁷⁸ Cfr. sul punto DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, XVI-XVII che li riporta come segue: "1) la "soluzione finale" consisteva nella deportazione e non nello sterminio; 2) non ci furono gassazioni (il famigerato Zyklon B era usato per la disinfestazione dei pidocchi); 3) la maggior parte degli ebrei scomparsi emigrarono in USA e in URSS, facendo perdere le loro tracce; 4) i pochi ebrei giustiziati dai nazisti erano criminali sovversivi 5) la comunità ebraica mondiale perseguita chiunque voglia svolgere un lavoro di ricerca onesta intorno alla seconda guerra mondiale, per timore che emerga la verità dei fatti; 6) l'onere della prova incombe sugli "sterminazionisti", come sono definiti gli esponenti della storiografia ufficiale; 7) le contraddizioni presenti nei calcoli demografici della storiografia ufficiale dimostrano con certezza il carattere menzognero delle loro tesi".

sterminio; l'intenzionalità e la progettazione dello stesso. Inoltre, pur con le differenze e le peculiarità che contraddistinguono ciascun suo esponente, fonderebbe la propria struttura logica/argomentativa su una metodologia e su un sistema di affermazioni particolari attentamente descritte da alcuni autori della dottrina¹⁷⁹.

1.1. Negazionismo vs. revisionismo

Dalla nozione di negazionismo, di cui si è tentata una seppur provvisoria definizione, devono tenersi distinte, ai fini di un'indagine storiografica e giuridica (e, a *fortiori* penalistica) quelle di "revisionismo" e di "riduzionismo"¹⁸⁰.

Negazionismo e revisionismo sono entrambi termini ricorrenti, molto utilizzati, non solo dagli specialisti ma anche nel discorso comune grazie alla crescita d'importanza dei fenomeni che li riguardano e alla loro notorietà mediatica (databile verso la fine degli anni '90). Sono spesso trattati come sinonimi, e sono, generalmente, impiegati in senso più evocativo che descrittivo a tutto scapito della precisione dell'informazione. Quest'uso approssimativo, quasi si trattasse di concetti fungibili, ha causato nel tempo una perdita di specificità concettuale, aumentando così la difficoltà di distinguere tra i due fenomeni e di comprenderne le radici e le caratteristiche differenti¹⁸¹.

Per definire il concetto di negazionismo occorre risalire al revisionismo, da cui esso deriva e di cui è, a rigore, una degenerazione. In storiografia con questo termine¹⁸² si indica la tendenza a rivedere le opinioni storiche consolidate alla luce di nuovi elementi e di nuove

¹⁷⁹ V. LEOTTA C., *op. cit.*, 10 ss per gli undici punti su cui si strutturerebbe la metodologia e il sistema di affermazioni di un pensiero negazionista.

¹⁸⁰ È concorde su questo punto tutta la sterminata bibliografia che si è occupata del fenomeno negazionista. V. fra gli altri, FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*; LEOTTA C., *op. cit.*, 12 ss; CAPUTO M., *cit.*, 19 ss.

¹⁸¹ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, XIII ss.

¹⁸² Sul revisionismo cfr. LOSURDO, *Il revisionismo storico. problemi e miti*, Roma-Bari, 2015.

conoscenze acquisite nel corso della ricerca, col risultato di operare una reinterpretazione e una riscrittura della storia. L'idea ottocentesca che il compito dello storico sia unicamente mostrare “come effettivamente le cose sono andate”¹⁸³ è da lungo tempo superata: gli eventi significativi del passato che dobbiamo chiarire, così come il significato che essi assumeranno nella narrazione storica che faremo, cambiano via via con il cambiare della società e degli uomini che li interrogano¹⁸⁴. Perciò si è detto che “ogni storico che si rispetti è revisionista”¹⁸⁵.

Tra i revisionisti, poi, i riduzionisti sono quanti non negano i fatti accaduti, ma intendono ridimensionarne la portata.

Negazionismo invece è un termine eminentemente polemico ed univocamente caratterizzato in senso negativo, sorto in ambito storico e giornalistico, per definire, in maniera sbrigativa e con la massima chiarezza, un preciso filone del revisionismo storiografico, ritenuto inaccettabile dai critici sia nella sua metodologia che nei suoi risultati: quel filone che ritiene di poter dimostrare come la Shoah, in quanto fenomeno unico, univoco e con precise responsabilità ideologiche e criminali, non si sia mai svolto nei termini in cui viene comunemente ricostruito. In proposito, si osservi come il negazionismo, il cui autore si rivolge perlopiù ad un pubblico non colto, anche se culturalmente coinvolto, offre, al contrario del revisionismo, a-problematicamente e utilizzando un approccio scettico alla conoscenza, una (non) verità *contra facta*, espressa in termini di negazione, evitando un autentico confronto scientifico e perseguendo spesso una finalità giustificazionista del passato, non senza conseguenze culturali o politiche per il presente¹⁸⁶.

¹⁸³ È questa la celebre formulazione di LEOPOLD VON RANKE, massimo esponente del positivismo storiografico dell'epoca.

¹⁸⁴ In questo senso FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., XIV.

¹⁸⁵ Cfr. PISANTY V., *Sul negazionismo*, in *Italia contemporanea*, 1998, n. 21, 524.

¹⁸⁶ Coglie nel segno in questo senso LEOTTA C., *op. cit.*, 12 ss. Sulla differenza tra negazionismo e revisionismo fondata sul metodo utilizzato cfr. anche PARISI S., *Il negazionismo dell'olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, n. 4, 883-884.

Entrambi i termini, infine, hanno esteso la propria accezione dalla Shoah, considerata come culmine della barbarie umana, alla critica o alla negazione delle ricostruzioni di altri stermini e crimini contro i diritti umani di grandissima entità, a partire dai genocidi (la cui stessa individuazione è, sovente, come detto, terreno di sconforto)¹⁸⁷.

La necessità di distinguere tra negazionismo e revisionismo, pena la grave compromissione di diritti fondamentali di libertà di espressione e di ricerca scientifica, impone di non trascurare l'ambiguità riscontrabile in taluni *leading cases* della corte EDU che, in termini piuttosto affrettati, lasciano intendere un'equiparazione tra i due fenomeni¹⁸⁸.

Si chiamerà, dunque, con il nome di negazionismo, differenziandolo dalle impostazioni storiche che mirano a relativizzare e storicizzare gli stermini o criticarne le interpretazioni date, non solo quelle dottrine radicali secondo cui il genocidio praticato dalla Germania nazista non è esistito, ma anche quelle asserzioni che negano altri genocidi e crimini contro l'umanità. Chiaramente, è importante sottolineare come i negazionisti rifiutino tale qualifica e rivendichino lo statuto epistemologico di storici a pieno titolo, storici revisionisti emarginati da un consenso accademico e politico che accusano di essere schierato ideologicamente e frutto di sistematico occultamento dei fatti che essi, al contrario, svelerebbero.

2. Dal negazionismo come concetto al negazionismo come reato: l'“antinegazionismo giuridico”

Gli inizi del negazionismo sono comunemente datati nei primi anni del secondo dopoguerra. È però dalla fine degli anni '70 in poi che si assiste ad un suo importante sviluppo specialmente con l'*Institute for Historical Review* negli Stati Uniti, centro di attrazione comune e luogo di

¹⁸⁷ Cfr. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit.

¹⁸⁸ Cfr. Corte EDU, Sez. IV, *Garaudy v. France*, 24 giugno 2003, par. 1; Corte EDU, Grande Camera, *Lehideux and Isorni v. France*, 23 settembre 1998, par 47.

elaborazione ed organizzazione delle strategie negazioniste¹⁸⁹. Oltre a tale istituto, all'opera di Robert Faurisson¹⁹⁰ ed agli scritti di una nuova generazione di "storici" e pubblicisti (fra i quali il più noto è indubbiamente David Irving¹⁹¹), vanno segnalati altri fattori che furono centrali per la diffusione del fenomeno, quali: la maggiore distanza temporale intercorrente con la II guerra mondiale che iniziava a porre in secondo piano le generazioni che avevano avuto diretta esperienza degli eventi; la caduta del blocco sovietico fra il 1989 e il 1993 e il conseguente venir meno di quella funzione di "ponte" e garanzia di dialogo fra i due campi ideologici rappresentata dall'aver combattuto insieme un nemico criminale la cui alterità, rispetto ai valori condivisi, era segnata indelebilmente dalla Shoah¹⁹².

È in questo periodo che la radicalità delle tesi, la loro diffusione e la disinvoltura nel sostegno probatorio e nella ricerca a supporto delle affermazioni fatte, portano la comunità scientifica a contestare l'uso da parte di questi autori della definizione di "storici revisionisti", vedendovi un tentativo di occultare dietro un termine dal legittimo uso accademico, il revisionismo storiografico, un'operazione di minimizzazione e negazione di fatti acquisiti¹⁹³.

L'offensiva negazionista si manifesta in questi anni in maniera considerevole soprattutto in Europa, ed in particolare in Germania, Austria, Francia, Belgio, Spagna e Italia. L'elemento comune è, innanzitutto, la

¹⁸⁹ Così FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., XVI.

¹⁹⁰ Robert Faurisson (Shepperton, 1929) è un saggista francese noto soprattutto per i suoi lavori negazionisti dell'Olocausto. Ha concentrato il suo interesse prevalentemente sul punto relativo alle camere a gas, e la sua tesi principale è conosciuta come "impossibilità tecnica dell'esistenza delle camere a gas".

¹⁹¹ David John Cawdell Irving (Hutton, 1938) è un saggista britannico, specializzato nella storia militare della seconda guerra mondiale. La sua reputazione come storico è stata ampiamente screditata dopo lo scoppio di una violenta polemica con la storica statunitense Deborah Lipstadt, cui seguì una causa per diffamazione intentata nel 1996 da Irving stesso. Nella successiva sentenza – che rigettò la causa dando torto a Irving – la Corte osservò che I. stesso era un "attivo negoziante dell'Olocausto".

¹⁹² Per una breve storia del negazionismo e un'attenta ricostruzione delle "cause" del fenomeno v. VERCELLI C., *op. cit.*

¹⁹³ Così PISANTY, *op. cit.*, 46 ss.

piattaforma ideologica sottostante, l'antisemitismo o, con alcune differenze, ma una sostanziale convergenza, l'opposizione al "sionismo", che rappresentano il loro referente e il motore principale rispetto al quale i diversi apporti trovano un anello di congiunzione.

Ecco che i fatti iniziano ad essere nascosti, stravolti, usati per provare ora questa, ora quell'opinione; gli eventi si spezzettano, i loro nessi causali anche ampissimamente accertati e testimoniati si dissolvono, e i fatti isolati diventano disponibili a tecniche di vero e proprio "montaggio" per sostenere o negare, di volta in volta, quanto serve ad avvalorare la tesi desiderata¹⁹⁴. I valori s'invertono, il vero si confonde con il falso, la realtà con la finzione: si crea un mondo artificiale, capace di competere con quello reale, non logico ma coerente e organizzato per acquisire un'apparente plausibilità. La storia non viene riletta (revisionismo), ma in questo senso semplicemente negata (negazionismo).

Il fenomeno inizia ad essere molto vasto ed episodi negazionisti fioriscono in tutta Europa, ed Oltreoceano: dalla Francia alla Germania, dalla Svizzera al Belgio, dall'Austria al Regno Unito, dall'Italia alla Spagna, dal Canada agli Stati Uniti, dal Medio Oriente sino all'Australia.

Ben presto, in molti Stati europei, nel tentativo di arginare il diffondersi di tali dottrine e smorzare l'indignazione suscitata nell'opinione pubblica, sono state introdotte specifiche normative repressive "d'emergenza", cioè, sono state utilizzate, come base giuridica per l'incriminazione, normative preesistenti previste per la repressione di altri reati, quali, ad esempio il vilipendio alla memoria dei defunti, la diffamazione, l'incitamento all'odio razziale ed al razzismo. Quest'adattamento delle figure delittuose antecedenti non si è rivelato, però, in grado di attagliarsi a tutte le camaleontiche manifestazioni negazioniste, le quali in molti casi assumano le sembianze di ricerche storiche obiettive, a prima vista sprovviste d'intenti d'incitamento all'odio razziale, ovvero

¹⁹⁴ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, XVIII ss.

prive del requisito della “pericolosità concreta” nei confronti del bene giuridico protetto nel singolo ordinamento e presidiato in concreto dalla norma penale “presa a prestito”¹⁹⁵. Proprio queste caratteristiche *sui generis* delle condotte negazioniste hanno portato con frequenza a sentenze d’assoluzione o alla comminazione di pene ritenute dall’opinione pubblica non consone, o non sufficientemente “esemplari”¹⁹⁶.

Ne è derivato che molti legislatori europei sono stati messi dinanzi alla stringente necessità di prendere una posizione precisa e definitiva in merito alla predisposizione e alla legittimazione di meccanismi idonei alla repressione. Ciò ha portato frequentemente ad integrare e novellare le norme penali già vigenti attraverso l’introduzione di nuove condotte vietate, riconducibili sotto il *nomen juris* dei delitti già esistenti, o alla previsione di nuove figure delittuose *ad hoc*¹⁹⁷.

Tale scelta di politica criminale ha trovato non soltanto legittimazione ma anche contemporaneo sviluppo e trasposizione sul piano internazionale ed europeo; si sono susseguiti, dapprima, documenti e atti volti ad un’espressa e ferma condanna del fenomeno negazionista ed in seguito, specifiche richieste d’incriminazione rivolte agli Stati. Ben presto, anche in omaggio al principio di uguaglianza tra le vittime e di non discriminazione, viene legittimata anche l’incriminazione della negazione, della minimizzazione e della giustificazione di altri genocidi e di ogni ulteriore crimine contro l’umanità.

Il percorso evolutivo ed osmotico di interscambio tra normativa nazionale ed internazionale, ha così portato alla nascita del fenomeno, cui la dottrina¹⁹⁸ fa riferimento in termini di antinegazionismo giuridico. In tal

¹⁹⁵ V. FRONZA E., *Profili penalistici del negazionismo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura italiana.*, 1999, 1065 ss.

¹⁹⁶ V. JOVINELLI A., *Negazionismo versus libertà di manifestazione del pensiero: profili comparati*, Tesi dottorale in Storia e dottrina delle istituzioni, anno accad. 2009/2010.

¹⁹⁷ LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo*, cit., Introduzione.

¹⁹⁸ LUTHER J., *L’antinegazionismo nell’esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, fasc. 3, 1193 ss.; MANETTI M., *Libertà di*

modo è designato quel complesso di disposizioni normative che negano ogni giustificazione giuridica al negazionismo e che spaziano dall'azione politica ed amministrativa di prevenzione, attraverso l'istituzione di meccanismi di commemorazione, quali giornate della memoria, musei, pubblicazioni, azioni di sensibilizzazione, sino all'estrema *ratio* della repressione penale.

In questo modo s'incontrano e si sovrappongono, come spesso accade negli ultimi anni, diritto e memoria¹⁹⁹. Il diritto, sempre di più, è individuato come strumento per rispondere al timore che la memoria su fatti criminosi di portata storica possa subire un progressivo affievolimento, farsi confusa e perdere di significato, scivolando progressivamente lontano dal presente. Sorge e si diffonde così quella che è stata definita come “*malaise de la memoire*”²⁰⁰ o “*ossessione commemorativa*”²⁰¹. Irrinunciabilità della memoria e suo essere inevitabilmente minacciata all'interno di un mondo che perde i suoi riferimenti e che si percepisce sempre più, nelle parole di Zygmunt Bauman, “liquido”, convergono in una richiesta di stabilità e di autorevolezza che garantiscano questo patrimonio tanto importante e tanto fragile, il nostro passato²⁰². E questo si verifica, particolarmente, per quei crimini (di genocidio, crimini contro l'umanità e di guerra), dei quali Auschwitz è l'emblema. Il diritto si propone come strumento privilegiato di tutela della memoria; la memoria diviene assieme bene da difendere²⁰³ e luogo in cui è possibile commettere crimini.

pensiero e negazionismo, in AINIS M. (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, Giappichelli, 2005, 48.

¹⁹⁹ V. in questo senso FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit.

²⁰⁰ ROUSSO H., *Le syndrome de Vichy*, Seuil, Paris, 1987.

²⁰¹ TRAVERSO E., *Il passato. Istruzioni per l'uso. Storia, memoria, politica*, Ombre Corte, Verona, 2006.

²⁰² V. TRAVERSO E., *op. cit.*

²⁰³ Si vedrà quanto problematico, e quante contraddizioni apra, considerare la memoria storica come “bene giuridico” da tutelare, e quanto ne sia difficile, se non impossibile, una definizione adeguata allo strumento penale cui si vorrebbe affidare la sua tutela.

In una prima approssimazione, possiamo distinguere²⁰⁴ in questa tendenza che “mescola” diritto e memoria, chiamata “antinegazionismo giuridico”, casi in cui la legge si limita a fissare l’importanza del ricordo di determinati eventi a prescindere da eventuali approdi giudiziari (come nei già citati “Giorni della memoria”²⁰⁵). Troviamo anche leggi istitutive di meccanismi che nella cornice di un processo penale non irrogano pene, ma dichiarano verità storiche, come in Argentina il paradossale “diritto penale senza pena”²⁰⁶. Ancora, dobbiamo considerare appartenenti alla medesima tendenza, per quanto estranee a questa trattazione, le ipotesi di tribunali che, individuando i responsabili di crimini gravissimi, si trovano a definire essi stessi, nel dibattimento, nelle sentenze e nelle motivazioni, quale sia la corretta interpretazione storica degli eventi all’interno dei quali si situano i fatti giudicati, contribuendo così a produrre una decodificazione sul contesto necessario dei giudizi emessi, come è accaduto nel caso dei Tribunali penali internazionali *ad hoc*²⁰⁷. A tutto ciò si aggiungano anche altre forme in cui la memoria diviene imperativo etico e giuridico: paradigmatici in tal senso sono gli orientamenti della giurisprudenza che nominano “il diritto alla verità”²⁰⁸ e un “diritto”²⁰⁹ o “dovere di memoria”.

²⁰⁴ Per questa valutazione cfr. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 5 ss.

²⁰⁵ Gli esempi sono numerosi. L’Italia, ad esempio, attraverso la legge 211 del 20 luglio del 2000 ha segnato sul calendario non un giorno di festa, o di generica commemorazione, ma la “Istituzione del Giorno della Memoria in ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico e dei deportati militari e politici italiani nei campi nazisti”: il 27 gennaio. Sulla legge e sui dibattiti in Parlamento cfr. l’articolo di DE PASCALE G., *Viaggio di una legge*, in *Diario*, 27 gennaio 2001, 12-18.

²⁰⁶ Si fa qui riferimento ai “*juicios por la verdad*”. Con tali meccanismi, tuttora in corso in Argentina, per giudicare i crimini commessi durante la dittatura militare (1976-1983) il processo è celebrato davanti a tribunali federali ordinari, ma l’obiettivo principale è stabilire la verità; pertanto, alla fine del processo non è irrogata alcuna sanzione. V. PASTOR D., *Processi penali solo per conoscere la verità? L’esperienza argentina*, in FRONZA E., FORNASARI G., (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche di diritti umani nell’esperienza argentina e colombiana*, Trento, Collana del dipartimento, 2009, 102-109.

²⁰⁷ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 5.

²⁰⁸ Nella giurisprudenza cfr. la decisione della Corte penale internazionale che cita non solo le Convenzioni di Ginevra, ma anche la giurisprudenza della Corte interamericana per fondare questo diritto ben stabilito (*well established*): Pre-trial Chamber I, ICC-01/04-01/07, 13 May 2008, par. 32.

²⁰⁹ Nel caso *T. c. Belgio*, del 14 luglio 1983, la Commissione rigettava la domanda del ricorrente, condannato come autore editore responsabile per aver pubblicato un testo dove era

Infine, il caso forse più interessante per la ricchezza di implicazioni e di contraddizione che dispiega: leggi penali adottate in molti paesi per punire il negazionismo, argomento principale di questo lavoro. Si tratta, cioè, di leggi penali e tribunali volti ad applicarle e a punire crimini commessi “contro” la memoria, definendo così quale sia la memoria ammessa e quale la sua corretta interpretazione. L’imperativo traduce, in questo caso, un messaggio differente dalle leggi di memoria: “bisogna ricordare in un determinato modo”. Così, non solo si rende ufficiale una ed una sola interpretazione della storia, ma si punisce chi pretende di ricordare “in un modo differente”. La tutela e la costruzione di una memoria condivisa si realizza in questo caso attraverso uno strumento forte e particolarmente espressivo sul piano simbolico: lo strumento penale.

Dunque, nella tutela giuridica della memoria si distinguono, a secondo dell’intervento delle sole leggi o della sfera giudiziaria, un *soft model* e un *hard model*²¹⁰. Ed è proprio con questo ultimo modello “forte” che dal concetto di negazionismo si passa al reato di negazionismo.

Nell’ambito della più generale tendenza alla giuridicizzazione del passato il diritto ed il processo penale, quindi, vengono visti come strumenti di fissazione della memoria ad alto potenziale evocativo²¹¹. Il processo penale diviene secondo questa logica non solo un luogo in cui raccogliere prove, accertare responsabilità in eventi determinati e comminare pene per tutelare dei beni garantiti dalla legge, ma un teatro in cui rimettere pedagogicamente in scena la storia al fine di ravvivare un ricordo preciso e moralmente significativo del passato²¹². La richiesta rivolta ai tribunali è, sempre più, di sanzionare i rei e, assieme, sancire una verità storica.

messa in discussione la realtà dello sterminio di sei milioni di ebrei ad Auschwitz in particolare ed erano relativizzati i crimini nazisti rispetto ad altre azioni belliche atroci. La Commissione sottolinea poi che i familiari delle vittime hanno diritto ad una protezione della memoria dei loro genitori.

²¹⁰ V. sempre FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 6 ss.

²¹¹ Per questa impostazione si veda FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 2.

²¹² V. TRAVERSO E., *op. cit.*

Univoca, supportata da prove, forte della sanzione di una Corte. Definitiva, perché passata in giudicato.

2.1. La prima stagione di repressione penale del negazionismo

Il campo in cui si muove la fattispecie incriminatrice di negazionismo, come del resto il campo penale *tout court*, non è un campo esclusivamente nazionale, né proprio di un solo paese, ma è un campo aperto, in cui coesistono e dialogano il livello internazionale ed il livello nazionale²¹³.

Il percorso di incriminazione delle condotte di negazionismo sembra avere seguito quello che da Mireille Delmas Marty viene inquadrato nell'ambito delle dinamiche di internazionalizzazione del sistema penale come movimento ascendente: dal livello nazionale al livello internazionale²¹⁴. La fattispecie tipica di negazionismo nasce, infatti, negli ordinamenti nazionali e solo poi viene prevista da fonti internazionali e resa oggetto di politiche comunitarie e di sentenze della Corte di Strasburgo.

Significativa la Decisione Quadro dell'Unione Europea del 2008 che chiede, come vedremo (*infra*, par. 4.2., Cap. II), agli Stati di inserire nel proprio ordinamento una figura autonoma e specifica per punire questi comportamenti. A sua volta, la norma dell'UE dovrà essere attuata dagli ordinamenti nazionali, mettendo questa volta in moto un processo inverso dell'incriminazione alla luce della costruzione tipica contenuta nella norma dell'UE²¹⁵.

La penalizzazione del negazionismo nasce agli inizi degli anni '90 in una prospettiva nazionale e c.d. "domestica". Il primo Stato ad introdurre simile reato è Israele nel 1986. Ciò nonostante questo tipo di condotta

²¹³ V. FRONZA, *Il negazionismo come reato, cit.*, 12.

²¹⁴ DELMAS MARTY M., *Les forces imaginantes du droit. II. Le pluralisme ordonné*, Paris: Seuil, 2006.

²¹⁵ V. SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul diritto penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007 sulle differenti modalità di ricezione delle indicazioni europee in materia penale, e sulle dinamiche di interazione e creazione congiunta tra ordinamenti nazionali e UE.

veniva già punito in alcuni paesi europei mediante l'utilizzo di altre fattispecie più ampie, tra cui – in Germania – il vilipendio alla memoria dei defunti, l'incitamento all'odio e la diffamazione²¹⁶. Questo dato, oltre che significativo da un punto di vista di storia della fattispecie, dà conto di alcune eredità storiche e simboliche che questa incriminazione porta con sé e che ritornano di continuo nelle discussioni e nelle pronunce riguardanti tale reato²¹⁷.

Il salto di qualità²¹⁸ avviene nei primi anni '90 quando – a fronte dell'insufficienza di un contrasto al fenomeno di carattere esclusivamente giurisprudenziale – un gruppo di Stati europei inizia ad emanare legislazioni penali anti-negazioniste: i reati di opinione esistenti nell'ambito della normativa antirazzismo non bastano; occorre un reato autonomo: il reato di negazionismo. È interessante notare come non esista un modello uniforme di incriminazione, ma ciascun ordinamento abbia forgiato norme dal contenuto precettivo originale.

Il sistema francese è il primo in Europa ad introdurre un'incriminazione espressa: nel 1990 la *Loi Gayssot* ha emendato la legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa arrivando a punire il negazionismo in quanto tale²¹⁹. In Germania, dove il reato di negazionismo

²¹⁶ V. LOBBA P. *Il volto europeo del reato di negazionismo tra richieste di incriminazione UE e principi fondamentali CEDU*, Tesi dottorale in diritto e processo penale, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, 2013.

²¹⁷ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 13.

²¹⁸ In questo senso LOBBA P., *Il volto europeo del reato di negazionismo tra richieste di incriminazione UE e principi fondamentali CEDU*, Tesi dottorale in diritto e processo penale, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, 2013.

²¹⁹ L'art 24 bis, primo comma della legge del 1990 punisce: “Chiunque, in una delle modalità enunciate dall'art. 23, contesti l'esistenza di uno o più crimini contro l'umanità come definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale [di Norimberga] e che sono stati commessi o da uno dei membri di una organizzazione dichiarata criminale ai sensi dell'art. 9 del suddetto Statuto, o da una persona ritenuta colpevole di tali crimini da una giurisdizione francese o internazionale è punito con la pena della reclusione da un mese a un anno o con una multa”. La condotta è quindi sottoposta a sanzione penale a prescindere dall'accertamento di un qualche elemento di pericolo indicato dal legislatore. Le corti francesi hanno poi precisato che, a rientrare nell'oggetto del reato, non sono tutti i crimini contro l'umanità astrattamente sussumibili entro la definizione fornita dallo Statuto di Norimberga, ma solo quelli commessi da coloro per i quali quel Tribunale internazionale fu istituito, vale a dire i nazisti.

è stato fatto oggetto di espressa incriminazione nel 1994²²⁰, il legislatore ha optato, almeno apparentemente, per il reato di negazionismo “qualificato”, visto che la punibilità è subordinata alla capacità della condotta di porre in pericolo la pace pubblica; si limita, inoltre, la protezione penale ai soli crimini nazisti, con esclusione di altri reati internazionali.

Questi due esempi, Francia e Germania, attengono a quella che può essere considerata la primissima ondata di legislazione anti-negazionista in Europa, in cui si distinguono due modelli di incriminazione²²¹: quello “puro”, che prende di mira le espressioni di contestazione in quanto tali, e quello “qualificato”, che richiede invece il verificarsi di una qualche condizione di pericolo, come la minaccia alla pace pubblica.

Da questi due Paesi la spinta incriminatrice si dilata ed il reato di negazionismo inizia ad essere previsto in diversi paesi europei, tra cui possono citarsi il Belgio²²², l’Austria²²³, il Portogallo²²⁴ e la Svizzera²²⁵. Non tutti gli Stati, però, si adeguano alla tendenza incriminatrice; si pensi a Regno Unito²²⁶, Olanda, Danimarca, Finlandia e, fino alla novella del 2016, all’Italia, dove non è (era) prevista una norma che incrimina il negazionismo. Si badi. Il fatto che alcuni Stati non abbiano adottato

²²⁰ Nel 1994 il terzo paragrafo dell’articolo 120 StGB è stato emendato come segue: “Chiunque pubblicamente o durante una riunione esalta, nega o minimizza un atto del tipo di quelli previsti dall’articolo 6 del Codice dei crimini internazionale, commesso durante il regime nazista, in modo atto a turbare la pace pubblica, è punito con la pena della reclusione fino a cinque anni o della multa”.

²²¹ Così LOBBA P., *op. cit.*, 21.

²²² Il 23 marzo 1995, il legislatore belga ha adottato la “Loi contre le revisionnisme”, intitolata proprio “per la repressione della negazione, della minimizzazione, della giustificazione o dell’approvazione del genocidio commesso dal regime nazional-socialista tedesco durante la seconda guerra mondiale”.

²²³ L’Austria il 26 febbraio 1992 con una modifica alla legge costituzionale sui nazionalsocialisti ha introdotto la fattispecie della negazione e della minimizzazione dei genocidi nazionalsocialisti.

²²⁴ Cfr. l’art 240 del codice penale portoghese. Tale disposizione incrimina le condotte negazioniste, ma ai fini della punibilità richiede la sussistenza di un intento di discriminazione razziale.

²²⁵ Il nuovo art. 261 bis inserito nel Codice penale svizzero è entrato in vigore il 1 gennaio 1995.

²²⁶ Le espressioni di negazionismo potrebbero però rientrare nella legislazione di contrasto all’odio razziale, che così stabilisce: “Chiunque ponga in essere una condotta minacciosa, offensiva o ingiuriosa è punibile se: a) intende in tal modo incitare all’odio razziale, o b) avendo riguardo a tutte le circostanze la condotta appare idonea ad incitare all’odio?”.

un'incriminazione espressa di tali espressioni non significa che le stesse non possano integrare altre fattispecie criminose già presenti nell'ordinamento: si fa riferimenti alle norme penali che sanzionano il c.d. *hate speech*, presenti nella totalità degli Stati europei.

D'altro lato una nuova e diversa tappa²²⁷ di questa prima stagione di penalizzazione c.d. "domestica"²²⁸ del negazionismo si ha con gli ex Paesi socialisti²²⁹. Questi – in considerazione di un passato autoritario che le attuali forze politiche sentono il bisogno di condannare – hanno concepito l'incriminazione del negazionismo in modo allargato fino a ricomprendere i crimini commessi dal passato regime sovietico.

In realtà, anche nell'Europa occidentale, il reato di negazionismo ha visto spostare in avanti i suoi confini andando ad abbracciare, in alcuni ordinamenti, la messa in discussione anche degli altri genocidi²³⁰ o dei crimini contro l'umanità²³¹: i confini del "discorso proibito" sono dunque in continuo avanzamento nell'ambito degli Stati europei.

Se è vero che quello che si è detto, in particolare per l'Europa continentale, è sintomatico di una comune tendenza punitiva, tra le varie disposizioni si rinvencono differenze significative che fanno emergere un' "Europa a geografia variabile"²³². Perciò appare vano ricercare un'uniformità di realizzazione, pur di fronte ad esigenze e ad una tipologia di risposte comuni.

Con riferimento, ad esempio, alla collocazione della figura criminosa, alcuni paesi hanno deciso di inserirla direttamente nel codice penale (Germania, Spagna, Portogallo e Svizzera), mentre altri l'hanno inserita in una legge *extra codicem* adottata *ad hoc* (Belgio) o già esistente

²²⁷ Questa tappa è rilevata da LOBBA P., *op. cit.*, 23.

²²⁸ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 16.

²²⁹ Hanno fatto questa scelta, ad esempio, la Repubblica Ceca, la Polonia, l'Ungheria, la Slovacchia e la Lituania.

²³⁰ Art 607, comma 2, del codice penale spagnolo.

²³¹ V. art. 283, comma 5, del codice penale del Liechtenstein e art. 261 bis, comma 4, del codice penale svizzero.

²³² Così FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 16.

(Francia ed Austria). Per quanto riguarda l'oggetto delle condotte materiali punibili, esso viene limitato da alcuni ordinamenti al genocidio ebraico (Germania e Belgio) ed esteso ad altri crimini contro l'umanità in Spagna, Portogallo e Svizzera. Anche l'individuazione del bene giuridico protetto varia e può essere individuato nella pace pubblica (Germania), nell'ordine pubblico, nella dignità umana (Francia), con conseguenze diverse a secondo dei casi. Quanto ai comportamenti punibili, nonostante l'eterogeneità delle formulazioni normative, si ritrova l'uso ricorrente dei verbi "negare", "giustificare", "minimizzare"²³³ per descrivere le condotte di negazionismo²³⁴ (a parte alcune eccezioni, come ad esempio la Francia che usa il verbo "*contester*"). Elemento tipico comune è, invece, la pubblicità della condotta.

Queste notazioni, non esaustive, evidenziano la varietà di soluzioni a livello interno, ma al tempo stesso la scelta comune, ricca di problematicità, oggi sancita anche dalla Decisione Quadro dell'Unione Europea, di voler rispondere a questi fenomeni con il diritto penale.

2.2. Le giurisprudenze costituzionali a confronto

Rimane da fare cenno all'atteggiamento tenuto dai giudici nazionali nei confronti di queste norme incriminatrici, per capire, innanzitutto, quali valori vengono messi in campo già in questa prima fase e se, poi, i principi ed i bilanciamenti applicati in materia di libertà di espressione siano o meno comparabili in ambito europeo.

Si può dire che la menzionata spaccatura (*infra* par. 2.1., cap. II) tra Stati che prevedono espressamente la punizione del negazionismo e Stati che preferiscono rimanere ancorati alle fattispecie generali contro l'*hate*

²³³ V. LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo*, cit. secondo cui è opportuno chiarire il significato di queste locuzioni. Negare un avvenimento implica che se ne contesti fondamentalmente l'esistenza e si pretenda semplicemente che esso non abbia avuto luogo. Giustificare l'evento significa parlo come non evitabile nelle condizioni date, di fatto scagionando i suoi autori dalla colpa. Minimizzare quanto accaduto vuol dire dissolvere la rilevanza e la unicità della Shoah relativizzandola.

²³⁴ V. in questo senso FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 18 ss.

speech viene confermata – se non approfondita – dagli apparati giurisprudenziali che si sono pronunciati sulla legittimità del reato²³⁵.

Sebbene le eterogenee motivazioni in punto di diritto, i massimi organi giurisdizionali di Olanda²³⁶, Ungheria²³⁷ e Spagna hanno tracciato delle linee che combaciano tra loro quanto ai vincoli che ne derivano per i rispettivi legislatori interni. Il fattore comune risiede nella contrarietà della criminalizzazione del negazionismo “puro” con le norme costituzionali sulla libertà di espressione²³⁸.

Soffermando la nostra attenzione sulla pronuncia spagnola²³⁹ (v., *infra*, par. 4.3, Cap. II), i giudici di Madrid, messi di fronte al conflitto tra il

²³⁵ In questo senso LOBBA P., *op. cit.*, 25.

²³⁶ I giudici olandesi, nel condannare alcuni scritti o discorsi negazionisti, hanno valorizzato gli elementi di contesto per verificare la sussistenza del richiesto dolo specifico. Es.: *Hoge Road* (Corte Suprema olandese), 27 ottobre 1987, n. AD0022, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1988, 538 ss.

²³⁷ Corte costituzionale della Repubblica di Ungheria, 26 maggio 1992, n. 30, in <http://www.mkab.hu/case-law/translations>. Cfr., inoltre, le decisioni di incostituzionalità del 30 giugno 2008, sentt. nn. 95/2008 e 96/2008 che hanno impedito l'entrata in vigore di alcune modifiche legislative tese a rafforzare la normativa di contrasto agli insulti razzisti, argomentando che esse avrebbero finito con il restringere in modo sproporzionato la libertà di espressione. Si segnala, tuttavia, che il 22 febbraio 2010 il Parlamento ungherese ha approvato una legge che incrimina le condotte di negazione, contestazione o minimizzazione pubblica dell'Olocausto.

²³⁸ V. LOBBA P., *Il volto europeo del reato di negazionismo tra richieste di incriminazione UE e principi fondamentali CEDU*, Tesi dottorale in diritto e processo penale, Alma Mater studiorum – Università di Bologna, 2013.

²³⁹ *Tribunal Constitucional de España* (“TC”), 7 novembre 2007, n. 235, *Varela*, in <http://www.tribunalconstitucional.es>, par. 7-8. La sentenza si occupa del c.d. caso Varela, proprietario e direttore di una libreria di Barcellona che pubblica, distribuisce e vende libri e altri materiali dal contenuto negazionista sulla persecuzione e sull'Olocausto prima e durante la seconda guerra mondiale. Condannato in primo grado, lamentava il contrasto della figura delittuosa con il diritto costituzionalmente garantito alla libera manifestazione del pensiero (art 20, comma 1, Cost.). La Corte dichiara la parziale illegittimità costituzionale dell'art 606, comma 2 c.p., procedendo a una distinzione tra negazione e giustificazione di un genocidio; paradossalmente, quest'ultima conserva il manto della punibilità nel caso in cui le condotte a essa riconducibili costituiscano un'istigazione indiretta a commettere un genocidio. La negazione di un fatto – che costituisce la mera espressione di un punto di vista, senza che ciò implichi un giudizio di valore – sarebbe differente dalla sua giustificazione – che, invece, conduce ad una sua relativizzazione o ad una negazione della sua anti giuridicità. Il fattore determinante, secondo la Corte, risiede nella circostanza che la fattispecie *ex art. 607, comma 2, c.p.* non esige(va) alcun elemento supplementare, ma incrimina(va) la mera trasmissione di opinioni, in sé neutra. La Costituzione spagnola non permette di colpire la “mera adesione ideologica” a delle posizioni politiche, di qualunque tipo siano, non conformandosi al modello delle c.d. “democrazie militanti”. Per questo, dichiarando illegittimo l'art. 607, comma 2, c.p. relativamente alla negazione, il TC salva la proibizione della condotta di giustificazione, purché operi come “istigazione indiretta” al genocidio e cioè ne implichi una provocazione. Sembrerebbe, quindi, che l'atto di giustificazione venga letto in un modo che lo assimila alla figura dell'*apologia*, della quale segue difatti l'interpretazione adeguatrice volta a smussarne gli aspetti di incostituzionalità (cfr., nel nostro

valore della dignità (art. 10 Cost.) e quello della libertà di espressione, finiscono per ritenere “non punibile la mera trasmissione di idee, nemmeno nei casi in cui si tratta di idee esecrabili in quanto risultano contrarie alla dignità umana che costituisce il fondamento di tutti i diritti che la Costituzione enumera e, quindi, del nostro sistema politico”. Risultano tutelate pertanto anche opinioni contrarie all’essenza medesima della Costituzione, salvo che queste ultime non violino altri e diversi beni di pari rilievo costituzionale; in questo caso la libertà di manifestazione del pensiero potrà essere legittimamente limitata e la violazione di tali limiti assistita da sanzione penale.

Recentemente, anche il Consiglio costituzionale francese²⁴⁰, pur senza pronunciarsi sulla suddetta *loi Gayssot*, ha invalidato una disposizione tesa ad estendere il campo di applicabilità del reato di negazionismo. Tale pronuncia non riguarda la legittimità del reato di negazionismo, che passa indenne il vaglio di costituzionalità, ma la violazione dell’art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo compiuta attraverso un generico e indeterminato rinvio ai “genocidi riconosciuti come tali dalla legge francese”²⁴¹.

Sul fronte opposto si posizionano le Corti costituzionali di Germania e Belgio²⁴², che hanno confermato le soluzioni legislative sottoposte al loro esame con motivazioni che sembrano legittimare una valutazione di pericolosità in sé delle affermazioni negazioniste. In particolare, la Corte

ordinamento, la fondamentale sentenza della Corte costituzionale : Corte cost., 4 maggio 1970, n. 65, in *Arch. pen.*, 1971, II, pp. 15 ss.).

²⁴⁰ *Conseil constitutionnel, Decision*, 28 febbraio 2012, n. 2012-647 DC, relativa alla legge n. 52 del 23 gennaio 2012 volta a reprimere la contestazione e la minimizzazione grossolana dei genocidi riconosciuti come tali dalla legge francese. Sul punto v. BENVENUTO F., *Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell’esistenza dei genocidi riconosciuti come tali dalla legge francese*, in *Dir. pen. contemp.*, marzo 2012.

²⁴¹ V. CAPUTO M., *La menzogna di Auschwitz..,cit.*, 12 ss.

²⁴² *Cour d’arbitrage de Belgique*, 12 luglio 1996, n. 45, in *Rev. trim. dr. h.*, 1997, 111 ss. Si veda, tuttavia, una recente decisione sui reati di istigazione all’odio e alla discriminazione razziale: *Cour constitutionnelle de Belgique*, 12 febbraio 2009, n. 17, in *Moniteur belge*, 12 marzo 2009.

costituzionale tedesca²⁴³ con sentenza del 1994 ha stabilito la legittimità di interventi legislativi volti a limitare la libertà di espressione e a sanzionare opinioni offensive della memoria di Auschwitz. La Corte ha affermato che la negazione dello sterminio degli ebrei non è coperta dalla tutela costituzionale che l'art. 5 della Legge fondamentale appresta per la libertà di opinione²⁴⁴.

Nella topografia del negazionismo vanno citati anche alcuni altri casi che hanno contribuito a fare la storia giudiziaria di questa fattispecie. Basti qui ricordare la sentenza pronunciata dalla Corte Suprema canadese nel caso *Zundel*²⁴⁵, in cui è stata dichiarata incostituzionale la fattispecie entro cui era stata sussunta la condotta contestata, cioè la diffusione di notizie false; e la causa civile di diffamazione *Irving v. Penguin Books Limited and Lipstadt*²⁴⁶, in cui il magistrato inglese ha rigettato la richiesta di risarcimento del danno avanzata da Irving contro Lipstadt per le asserite affermazioni diffamatorie che quest'ultima avrebbe espresso in un suo libro sul fenomeno del negazionismo.

3. Le fonti internazionali in materia

Le opzioni di politica criminale connesse alla repressione del negazionismo e, più in generale, dei discorsi d'odio ("*hate speech*") o di intolleranza fondati su motivi razziali, etnici o religiosi non possono risolversi sul piano del diritto interno, ma devono tenere conto di un

²⁴³ V. il celebre caso *Auschwitzluge* (bugia di Auschwitz), BVG, 13 aprile 1994, in BGHZ, vol. 90, 241 ss.

²⁴⁴ Come nota CAPUTO M., *op. cit.*, 10 per arrivare a questa conclusione la Corte ha tracciato una distinzione tra fatto e opinione, per cui le asserzioni di fatti sono protette in misura diversa dalla libera espressione di opinioni. Secondo i giudici la Costituzione non protegge le asserzioni sui fatti nello stesso modo in cui protegge le opinioni, essendo la protezione nel primo caso condizionata alla verifica dei fatti asseriti: se questi sono conclamati nella loro falsità, la relativa espressione non è tutelata e prevale la protezione dei diritti della personalità.

²⁴⁵ *Zundel*, Corte Supreme canadese, 27 agosto 1992. Sul caso v. FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 122 ss.

²⁴⁶ *Irving v. Penguin Books Limited and Lipstadt*, High Court of Justice, Queen's bench division, 11 aprile 2000, n. 11996-I-1113.

intrecciarsi di fonti sovranazionali per la protezione dei gruppi umani e dei loro membri²⁴⁷, di cui appare necessario fornire una rapida panoramica. Nel procedere in tal senso, occorre peraltro segnalare che la sentenza *Perincek*²⁴⁸ (v., *infra*, par. 5.2., Cap. II) si rivela uno strumento particolarmente utile per lo studioso perché dedica un ampio spazio all'analisi delle fonti in applicazione delle quali si può giustificare la repressione del discorso negazionista²⁴⁹.

Gli strumenti internazionali che riguardano il fenomeno del negazionismo sono di diversa natura e sembrano fornire agli Stati significativi *inputs* a favore della sua penalizzazione. Il diritto internazionale generale contiene molteplici disposizioni che, da un lato, affermano il fondamentale diritto alla libera manifestazione del pensiero e, dall'altro, vietano qualsiasi forma di discriminazione – soprattutto la propaganda razzista – permettendo di apportare in taluni casi restrizioni a tale diritto.

Limitandoci agli strumenti internazionali utilizzati per fare fronte alle tesi negazioniste, occorre prima di tutto richiamare la Dichiarazione Universale dei diritti umani, che, se all'art. 19 sancisce in via generale la libertà di opinione per ogni individuo, prevede alcune restrizioni per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà altrui, nonché per soddisfare le esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica basata sui principi di uguaglianza e non discriminazione.

Un'altra fonte importante è il Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite del 1966 che all'art 19 (c. 1 e c. 2), dopo aver affermato il diritto alla libertà di espressione, prevede al comma 3 che questo possa essere sottoposto ad alcune limitazioni, espressamente stabilite

²⁴⁷ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 58 ss.

²⁴⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Perincek v. Switzerland*, 15 ottobre 2015, par. 52,61.

²⁴⁹ Lo nota LEOTTA C., *op. cit.*, 14.

dalla legge e necessarie “per assicurare il rispetto dei diritti o della reputazione altrui, alla salvaguardia della sicurezza nazionale, dell’ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche”. Al successivo art. 20 c. 2, il Patto stabilisce che “qualsiasi appello all’odio nazionale, razziale o religioso, che costituisca incitamento alla discriminazione, all’ostilità o alla violenza deve essere vietato dalla legge”.

Inevitabile è poi ricordare la Convenzione internazionale per l’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale che prevede accanto al principio di non discriminazione, il divieto di propaganda razzista nelle diverse forme dell’incitamento e della diffusione delle idee²⁵⁰.

Molto rilevanti sono anche gli orientamenti dello *Human Rights Committee*, organo istituito dalla Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale dell’ONU del 1965, che si è pronunciato rispetto al negazionismo in occasione dell’affare *Faurisson*²⁵¹.

La lista degli strumenti normativi, vincolanti e non, sarebbe ancora molto lunga²⁵². Tuttavia, basta qui ricordare che recentemente la Grande Camera della Corte EDU, valutando nella sentenza *Perincek* se possa dirsi esistente un vincolo di diritto internazionale alla repressione del

²⁵⁰ La disposizione di riferimento è l’art. 4 della Convenzione dove si trova anche un esempio di impulso di penalizzazione proveniente dal diritto internazionale. Si richiede, infatti, dopo aver chiesto agli Stati di adottare le misure necessarie contro la discriminazione (art. 2), di dichiarare punibili questi comportamenti, individuando la *figura criminis* e il presupposto per la sua applicazione. Per una riflessione di questo tipo v. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 61-62.

²⁵¹ Il Comitato ha ritenuto legittime le restrizioni alla libertà di espressione ai sensi dell’art. 19, c. 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, confermando la condanna di Faurisson per aver violato “la reputazione e i diritti altrui”. L’organo ha ricordato che le limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero devono soddisfare cumulativamente tre presupposti: devono essere previste dalla legge, devono perseguire uno degli obiettivi di cui al comma 3 a) e b) dell’art 19 del Patto, infine devono essere necessarie per conseguire una finalità legittima. V. *Robert Faurisson v. France*, *Communication No. 550/1993* consultabile presso la *Human rights library* dell’*University of Minnesota* in <http://www.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS55058.htm>.

²⁵² V. Carta delle Nazioni Unite del 1945, Convenzione delle Nazioni Unite contro l’apartheid del 1973, Convenzione per l’eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne del 1979 e le tante Dichiarazioni o i numerosi documenti emanati da Istituti specializzati delle Nazioni Unite quali l’Unesco, l’Unicef, o ancora dall’Organizzazione Internazionale del lavoro.

negazionismo in sé e per sé considerato, ha escluso che la Svizzera (nel caso di specie, ma il discorso vale per tutti gli Stati) sia titolare di un obbligo di diritto internazionale in vista della repressione penale del negazionismo, neppure discendente dal diritto internazionale consuetudinario (*Customary International Law*)²⁵³.

La panoramica che si è cercata di offrire in questo paragrafo riguarda gli *inputs* di diritto internazionale generale alla repressione penale del negazionismo ed è apparsa fondamentale prima di esaminare la prospettiva più propriamente “europea” del fenomeno. Da un lato, l’evoluzione legislativa del diritto dell’Unione Europea e, in particolare, della Decisione Quadro mirante ad armonizzare la criminalizzazione del negazionismo; dall’altro, il sistema di garanzie predisposto dalla Convenzione Europea dei diritti umani (CEDU). Due, dunque, le “Europe” con cui fare i conti, portatrici di contrapposti stimoli circa le risposte sanzionatorie alla dinamica negazionista: all’ordinamento normativo dell’Unione Europea, che esprime richieste di incriminazione volte a uniformare il livello minimo di tutela penale contro tali manifestazioni, si contrappone, perlomeno nel mandato istituzionale, la Corte di Strasburgo, che mira, attraverso le sue decisioni, a fissare un diverso *standard* minimo, stavolta rivolto alla protezione dei diritti fondamentali.

Impulsi di segno – se non opposto – almeno in un qualche rapporto di tensione tra loro? Nient’affatto; si proverà a dimostrare nelle pagine che seguono come la relazione tra questi due poli non sembri porsi in realtà in termini antitetici, bensì segua dinamiche repressive comuni che, anzi, si rafforzano e legittimano a vicenda²⁵⁴.

²⁵³ In tal senso v. LEOTTA C., *op. cit.*, 20 ss. Cfr. ID., Grande Camera, *Perincek v. Switzerland*, cit., parr. 258-268, in particolare per quanto riguarda la Convenzione contro il razzismo del 1965, il Patto sui diritti civili e politici del 1966 e il diritto internazionale consuetudinario.

²⁵⁴ V. per questa riflessione circa la complementarità delle due “Europe” sul fenomeno negazionista LOBBA P, *op. cit.*, 5.

4. Le spinte incriminatrici UE

L'azione di contrasto alle manifestazioni di razzismo da sempre occupa uno spazio centrale nelle preoccupazioni delle istituzioni europee²⁵⁵ ed ha coinvolto anche interventi per contrastare la diffusione del negazionismo.

Negazionismo ed istituzioni europee: perché? Innanzitutto, essendo l'oggetto di queste contestazioni – l'Olocausto – avvenuto nel cuore del nostro continente, si può affermare che l'Europa, in virtù di una sua speciale sensibilità sul tema, si trova in una posizione di prima linea nell'affermare la memoria di questo evento; evento, tra l'altro, che si pone addirittura come momento fondativo delle stesse istituzioni europee, sorte dalle ceneri dei totalitarismi che hanno portato agli orrori del genocidio nazista per porre delle basi che possano garantire un “*never again*”²⁵⁶.

4.1. L'evoluzione

Prima di esaminare la Decisione Quadro del novembre 2008, che chiede agli Stati di criminalizzare il negazionismo, è opportuno ripercorrere brevemente le tappe dell'evoluzione legislativa dell'UE in materia, tenendo conto della crescente importanza attribuita nell'ordine comunitario dai diritti fondamentali e della capacità del diritto comunitario di incidere sul diritto penale interno.

Tra i primi documenti dell'UE contenenti un riferimento espresso alla necessità di reprimere il negazionismo – sebbene non aventi valore vincolante – vi sono la “Risoluzione del Parlamento europeo sul razzismo,

²⁵⁵ Sulle politiche antirazziste europee, v. PIAZZA S., *Spunti ricognitivi delle disposizioni in contrasto alle forme di discriminazione razziale nel diritto internazionale, nel diritto europeo e nel diritto comunitario*, in *L'Amministrazione italiana*, 2006, 801 ss.; FRONZA E., *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, 32 ss.

²⁵⁶ V. LOBBA P., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in Ius17@unibo.it, n. 3/2011.

la xenofobia, e l'antisemitismo" del 25 aprile 1995 e la "Risoluzione sulla giornata commemorativa dell'Olocausto" del 15 giugno 1995.

In ogni caso, l'Unione ha attribuito sempre grande rilievo al principio di uguaglianza ed al divieto di discriminazione: già il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 aveva introdotto l'art. 13 (al quale è succeduto l'art. 19 TFUE) che ha costituito la base giuridica per le azioni di contrasto alla discriminazione²⁵⁷; prevedeva, infatti, che l'Unione avrebbe potuto "adottare tutte le misure necessarie per combattere ogni discriminazione fondata sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni, un handicap, l'età o la tendenza sessuale".

Passando al livello più propriamente normativo, l'antecedente della Decisione quadro è costituito dall'Azione Comune 96/443/GAI²⁵⁸: in essa la figura delittuosa del negazionismo viene descritta in modo dettagliato e inserita fra quei delitti che gli Stati membri dovrebbero reprimere penalmente a livello interno. L'atto, anche se di carattere non vincolante, va segnalato perché, dopo aver richiamato il fondamento giuridico dell'azione²⁵⁹ e aver constatato l'aumento dei fenomeni razzisti e l'importanza di una cooperazione giudiziaria effettiva di fronte a reati di dimensione internazionale, offre la prima definizione a livello europeo di condotte riconducibili al fenomeno del negazionismo²⁶⁰. Si fa menzione

²⁵⁷ Hanno chiesto un rafforzamento di tali politiche anche le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999 nonché la risoluzione del Parlamento europeo del 21 settembre 2000. Inoltre giova ricordare che, sempre in quest'ottica, nel 1997, proclamato "anno europeo contro il razzismo", svariate sono state le iniziative, tra le quali l'istituzione a Vienna dell'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia.

²⁵⁸ Azione comune del 15 luglio 1996, adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K3 del Trattato sull'Unione Europea, concernente l'azione contro il razzismo e la xenofobia, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, 24 luglio 1996, L, 185, 5.

²⁵⁹ Allora art. K3, poi riformulato nell'art. 31 Trattato dell'Unione, dopo il Trattato di Lisbona sostituito dagli artt. 82,83 e 85 Trattato sul Funzionamento dell'Unione.

²⁶⁰ L'azione comune del 1996 ha invitato gli Stati ad introdurre apposite fattispecie penali per reprimere comportamenti quali la pubblica istigazione alla discriminazione (lett. a), l'apologia pubblica di crimini contro l'umanità (lett. b) e la diffusione di scritti contenenti manifestazioni xenofobe (lett. d). Alla lett. c) del medesimo articolo il Consiglio ha sollecitato gli Stati membri a reprimere la negazione pubblica dei crimini definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga, nella misura in cui essa includa un comportamento di disprezzo o degradante verso un gruppo di persone definito in base al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica.

espressa della negazione pubblica dei crimini definiti all'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga con punibilità subordinata alla condizione che l'espressione dell'opinione (negazione) si concretizzi in un comportamento infamante e offensivo nei confronti delle vittime: il paradigma è quello del negazionismo qualificato. Si approfondisce, quindi, forse irrimediabilmente, la divaricazione tra i due archetipi –“puro” o “qualificato”– della fattispecie. Essa verrà poi cristallizzata nella Decisione quadro 2008/913/GAI ed è verosimilmente destinata a protrarsi anche successivamente alla completa recezione delle normative in materia²⁶¹.

Comunque, l'Azione Comune lasciava agli Stati la possibilità di scegliere tra la criminalizzazione delle condotte indicate e l'estradizione dell'indagato in deroga al principio della doppia incriminazione. Ad avviso del Consiglio, queste previsioni non contrastano con il diritto alla libera manifestazione del pensiero, il cui esercizio, come afferma anche il Patto sui diritti civili (art. 19), non esonera dal rispetto del fondamentale diritto di rispettare i diritti e la reputazione altrui²⁶².

Con l'adozione dell'Azione Comune, il cui obiettivo era anche quello di migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale evitando le distorsioni che sarebbero potute derivare dalle disparità tra legislazioni interne, l'UE inizia a dare prova di convergere in quella dinamica politico-criminale, già riscontrabile a livello nazionale, di espandere gli ambiti di intervento del diritto penale, poco rispettosa anche del fondamentale principio di sussidiarietà penale²⁶³. Questo, fermo restando il carattere non vincolante dell'atto e anche se con la previsione dell'alternativa di criminalizzare o estradare lasciata agli Stati membri.

²⁶¹ V. LOBBA P., *op. cit.*, 88.

²⁶² V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 69.

²⁶³ V. LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo, cit.*, 26.

4.2. La Decisione quadro e la seconda stagione di penalizzazione del negazionismo

Come già accennato, l'Unione Europea è intervenuta nuovamente sui fenomeni negazionisti con la Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008 riguardante la lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia attraverso il ricorso agli strumenti del diritto penale. La Decisione viene alla luce trascorsi ben sette anni dalla presentazione della proposta da parte della Commissione²⁶⁴, a conferma della difficoltà di raggiungere un compromesso accettabile da parte di tutti gli Stati membri.

Con essa l'Unione Europea ha invitato gli Stati membri²⁶⁵ ad adottare le misure necessarie affinché siano incriminate e punite “l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana sia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità, e dei crimini di guerra quali definiti sia agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale” [art. 1, c. 1. lett. c)], sia “dei crimini definiti dall'articolo 6 dello statuto del tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945” [art. 1, c. 1, lett. d)], “dirette pubblicamente contro un gruppo di persone o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto ad istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro”.

²⁶⁴ Cfr. la proposta COM (2001) 664, 28 novembre 2001, pubblicata in Gazz. uff. Un. Eur., C75 E del 26 marzo 2002, p. 269; su di essa il Parlamento approvò il proprio parere il 4 luglio 2002. In Consiglio non fu tuttavia possibile trovare un accordo, anche a causa della forte opposizione del governo italiano. Solo il 19 aprile 2007 è stato trovato un accordo di compromesso, sulla base del testo 8544/07 DROIPEN 34. Sui lavori preparatori, v. SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, 37 ss.

²⁶⁵ Ai sensi dell'art. 10 della decisione quadro, il termine per la trasposizione a livello interno era fissato per il 28 novembre 2010. Sulla decisione quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008 cfr., fra gli altri, LOBBA P., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in Ius17@unibo.it. *Studi e materiali di diritto penale*, 3/2011.

L'Unione Europea conferma dunque il proprio orientamento punitivo nei confronti del negazionismo e lo consacra in uno strumento vincolante come la Decisione Quadro. In essa il reato di negazionismo (art. 1, comma 1, lett. c) e d)), che affianca quello più generale di istigazione pubblica alla violenza o all'odio (art. 1, comma 1, lett. a) e b)), cambia il suo volto: si aprono le porte ad una nuova stagione della sua penalizzazione²⁶⁶.

Analizzando le principali disposizioni della Decisione, il reato è descritto come “apologia, negazione o minimizzazione grossolana”²⁶⁷ dei seguenti crimini internazionali: da un lato, genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale; dall'altro, quelli elencati dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga (sostanzialmente, i crimini nazisti). A livello sanzionatorio, la pena è indicata mediante la tecnica del c.d. compasso edittale: la soglia massima dovrà cioè essere compresa tra almeno uno e tre anni di reclusione.

Inoltre, le espressioni negazioniste di cui è richiesta l'incriminazione sono solo quelle che rispondono ad una duplice condizione di pericolosità: a) essere dirette pubblicamente contro uno degli elencati gruppi-vittima o un suo membro e b) risultare atte ad istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro (art. 1, comma 1, lett. c) e d)). Sembrerebbe che il comportamento preso di mira dall'atto europeo sia solo quello qualificabile come istigazione, perlomeno indiretta. In chiusura, l'art. 2 prescrive di punire le condotte di istigazione e complicità.

Gli aspetti di interesse di questo strumento sono molteplici. Si introducono, infatti, nel dibattito tradizionale sul reato di negazionismo alcuni elementi di novità che meritano di essere segnalati²⁶⁸, oltre a quelli classici riguardanti la limitazione della libertà di espressione e la

²⁶⁶ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 71.

²⁶⁷ La “minimizzazione grossolana” è la condotta che secondo LOBBA P., *La lotta al razzismo*, cit., contrasta maggiormente con il principio di tassatività.

²⁶⁸ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 72.

giustapposizione tra metodo storico e metodo giudiziario. Due, in particolare, i profili che sembra opportuno esaminare: il primo riguarda l'oggetto delle condotte punibili e il secondo relativo, invece, alle formule utilizzate dal legislatore europeo per determinare la soglia dei "pensieri leciti"²⁶⁹.

Quanto all'oggetto delle condotte punibili, merita innanzitutto evidenziare come la tutela penale non sia più limitata alla memoria dell'Olocausto: il testo europeo, infatti, oltre ai crimini previsti dallo Statuto del Tribunale militare Internazionale di Norimberga, menziona anche i crimini di genocidio, i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra, come definiti nello Statuto della Corte penale internazionale. Il riferimento è dunque, da un lato, all'esperienza fondatrice per l'Europa tramite il rinvio allo Statuto di Norimberga e, dall'altro, al "nuovo" accordo costituito dallo Statuto della Corte penale internazionale, che è stato oggetto di ratifica da parte dei 27 Stati membri. Una siffatta formulazione è molto significativa, in quanto trasforma la "vecchia" fattispecie di negazionismo in un "nuovo" reato di negazionismo "allargato"²⁷⁰. Nell'apologia, negazione o minimizzazione grossolana delle violazioni dei diritti umani si anniderebbe il germe di una "infezione", della messa in pericolo per l'ordine pubblico costituzionale europeo. La memoria della violazione dei diritti umani, pertanto, rappresenta il necessario retroterra del rispetto dei diritti umani, che l'UE individua come propri valori fondanti.

In tal modo muta il volto della fattispecie di negazionismo che subisce un'estensione non solo quanto all'oggetto della tutela, ma anche rispetto alla dimensione temporale dei crimini di cui si occupa²⁷¹: non si tratta più esclusivamente di fatti collocabili nella storia europea, appartenenti a una pagina già letta e sedimentata in questa chiave del nostro

²⁶⁹ Espressione ripresa dal lavoro di GAMBERINI A., *I pensieri leciti della Corte costituzionale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1973, 671.

²⁷⁰ V. LOBBA P., *La lotta al razzismo*, cit.

²⁷¹ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit. 72-73.

passato, ma anche di crimini attuali o appartenenti a un passato del tutto prossimo a noi ancora oggetto di riflessione.

Questa configurazione ha rilevanti implicazioni sulla struttura del reato e anche sulle finalità che ad esso possono essere attribuite (di deterrenza e prevenzione, in tali ipotesi). In tal senso, questa ipotesi delittuosa sembra quasi divenire una fattispecie ancillare al sistema globale dei diritti umani, che vede nella Corte penale internazionale con funzioni permanenti uno dei suoi principali attori²⁷².

In secondo luogo la Decisione introduce un limite alla punibilità, recuperando la necessità di una capacità istigatoria concreta delle manifestazioni del pensiero nella materia. Il paradigma è quello del già descritto “negazionismo qualificato”. L’art. 1 par. 1 lett. c) e d) della Decisione stabilisce, infatti, che i comportamenti negazionisti sono punibili se sono “posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all’odio” nei confronti di un gruppo di persone o di un suo membro, come definiti in riferimento ai criteri menzionati nella disposizione medesima. Il ventaglio di condotte – apologie, negazione o minimizzazione – è punibile, quindi, soltanto se scivola in un’istigazione effettivamente idonea a mettere in pericolo il bene tutelato: occorre che l’asserzione sia capace di creare un pericolo concreto²⁷³.

Il richiamo alla capacità istigatoria in concreto ripropone la questione se esistano strumenti per valutare l’idoneità delle manifestazioni criminose di volta in volta considerate e quali siano i criteri per apprezzare la capacità degli strumenti di diffusione del pensiero di indurre comportamenti reali²⁷⁴. Perciò è sorto il dubbio che il riferimento alla concreta capacità istigatoria della condotta negazionista rappresenti più che altro quasi una formula “di stile”, in quanto non in grado di assolvere a quella funzione selettiva del

²⁷² In questo senso cfr. LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo*, cit. 26 ss.

²⁷³ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 75.

²⁷⁴ V. ALESANI L., *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 1006, 204-207.

fatto penalmente rilevante che serve a delimitare la soglia di liceità²⁷⁵. Una formula che, in sostanza, ha la sola funzione di prevenire l'obiezione solitamente mossa di fronte ai crimini d'opinione: ovvero che il rimedio sia più dannoso della cura, in quanto la scelta di penalizzazione finisce per comprimere il diritto fondamentale di ciascun individuo alla libera espressione del proprio pensiero.

Un altro aspetto rilevante riguarda la tecnica individuata dal legislatore europeo per evitare un'eccessiva limitazione della libertà di espressione. La Decisione Quadro contiene varie clausole, plasmate sui diversi modelli di incriminazione degli Stati membri, che ne alleggeriscono il reale impatto di armonizzazione, mostrandone il volto principalmente simbolico²⁷⁶ (v., *infra*, paragrafo seguente). Esse operano come "elementi opzionali" che possono essere introdotti nella fattispecie in sede di trasposizione interna, in modo da circoscrivere il suo ambito di intervento e, perciò, ridurre il perimetro di condotte da considerare illecite, allontanando sospetti di incostituzionalità²⁷⁷.

Un primo margine di manovra è fornito dal secondo comma dell'art. 1 che lascia agli Stati la libertà di rendere punibili soltanto i comportamenti "atti a turbare l'ordine pubblico" o che "sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi". L'ultima parte ripropone l'archetipo in vigore in Gran Bretagna; mentre il riferimento all'ordine pubblico²⁷⁸, elemento cruciale nella dialettica tra Stati membri e Unione Europea per delimitare le condotte punibili, quello sviluppato in Germania, dove la punibilità è soggetta, almeno in astratto, all'elemento della messa in pericolo della pace pubblica.

²⁷⁵ V. sempre FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 76 ss.

²⁷⁶ LOBBA P., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI*, cit.

²⁷⁷ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 76-77-78.

²⁷⁸ L'indeterminatezza del concetto, mutò nella Decisione Quadro, impone di chiedersi se esista a livello europeo una nozione unitaria di ordine pubblico e se siano utilizzabili le definizioni di tali concetto presenti in altri settori dell'UE. Oppure se occorrerà elaborare in futuro una nozione autonoma e specifica da utilizzare in questo settore, che tenga conto delle esigenze di non compromettere la libertà di espressione dell'individuo. Questa domanda come nota, FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 77., apre la strada al tema fondamentale dal punto di vista penalistico: ovvero quale sia il bene giuridico sotteso a questa incriminazione.

La seconda clausola si ispira invece al modello francese, rendendo possibile –ma non obbligatorio– l’inserimento, in fase di trasposizione, di un ulteriore elemento del reato²⁷⁹. La punibilità della negazione o della minimizzazione grossolana potrà essere circoscritta alle espressioni riguardanti solo quei crimini internazionali che siano stati accertati da una decisione passata in giudicato emessa da un tribunale internazionale e/o da un organo giurisdizionale dello Stato membro. In questa ipotesi dunque ci si limiterebbe addirittura almeno direttamente alla sola punibilità in presenza di sentenza passata in giudicato: l’accertamento giurisdizionale diviene il momento di costruzione della memoria da tutelare, elemento costitutivo della fattispecie.

Ciò nonostante, come nota la dottrina penalistica più attenta²⁸⁰, prendendo in considerazione solo i genocidi che riguardano eventi storici definiti come tali da organi giurisdizionali o da un legislatore, si rischia probabilmente di creare una criminalizzazione selettiva dei genocidi. E ancora: se si è verificato un fenomeno di genocidio che non è stato definito o processato come tale e, dunque, non è stato qualificato come crimine internazionale, per questo solo motivo non potrà esserne punita la negazione. Si rischia, sostanzialmente, di originare una gerarchia delle memorie storiche e dei negazionismi, contribuendo a quella che è stata definita come una “*cocurrence de memoires*”. In tal senso la sovrapposizione dell’attività giurisdizionale con una ricostruzione storica irrevocabile (da tutelare) è un’operazione che solleva molti dubbi.

²⁷⁹ È richiesta una dichiarazione in tal senso da parte dello Stato che intende avvalersi della clausola.

²⁸⁰ In questo senso FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 75; LOBBA P., *La lotta al razzismo*, cit.; LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo*, cit. 26 ss.

4.3. Gli effetti di armonizzazione della Decisione quadro

La Decisione Quadro ha dato il via alla c.d. “seconda stagione” di repressione penale del negazionismo²⁸¹.

Dopo un periodo di criminalizzazione “domestica” del fenomeno (v., *infra*, par. 2.1., cap. II), molti Stati Europei, nell’ambito di una dinamica discendente di recepimento delle norme unionali, hanno dato attuazione, in tempi più o meno diversi, all’obbligo di incriminazione scaturante dalla Decisione, modificando fattispecie esistenti alla luce dei criteri europei o introducendo *ex novo* il reato di negazionismo. È il caso, per esempio, della Germania (che ha emendato il comma 1 dell’art. 130 StGB), dell’Ungheria (art. 269 c.p.), della Lituania (art 170, comma 2 c.p.), della Slovenia (art 297 c.p.), della Bulgaria (art 419 a) c.p.). In Spagna, se neppure la *Ley organica* del 22 giugno 2010, n. 5 aveva modificato i precetti esistenti o introdotto nuove figure delittuose in questo senso, recentemente, nel 2015, ha finalmente trovato ingresso il reato di negazionismo, riempito della componente istigatoria²⁸². L’Italia, come si vedrà nel proseguo della trattazione, è intervenuta in materia ancora più recentemente - nel giugno 2016 - introducendo un’aggravante di negazionismo, immediatamente preceduta dall’ordinamento ellenico²⁸³. Altri Paesi, invece, tra cui Regno Unito, Danimarca, Svezia, Paesi Bassi e Portogallo ritengono che non sia necessario alcun emendamento al proprio diritto vigente.

²⁸¹ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 67.

²⁸² Il reato di negazionismo è attualmente previsto in Spagna dall’art. 510, 1 comma, lett. c), cod. pen., in vigore dall’1 luglio 2015. Appare significativo ricordare che il giudice delle leggi spagnolo dichiarava l’illegittimità costituzionale dell’allora art. 607, 2 co., cod. pen., per violazione dell’art. 20, 1 co., della Costituzione spagnola, che tutela la libertà di manifestazione del pensiero, nella parte in cui prevedeva la punibilità delle affermazioni di mera negazione di un fatto di genocidio: cfr. *Tribunal Constitucional de Espana (Varela)*, Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, in *Boletín Oficial del Estado*, 10-12-2007, n. 295, disponibile su <http://www.boe.es>. A giudizio della Corte madrilenza la diffusione di una teoria negazionista di determinati fatti, cui non si accompagni un giudizio di valore sugli stessi, rientra nel diritto alla libertà di manifestazione del pensiero; con la stessa sentenza la Corte dichiarava che non era incostituzionale la parte in cui si puniva la diffusione di idee o di dottrine miranti a giustificare un genocidio, a condizione che la condotta fosse consumata pubblicamente.

²⁸³ V., *infra*, par. 1, Cap. III, parte II.

D'altra parte le considerazioni svolte sulla Decisione Quadro mettono in luce, almeno secondo una parte della dottrina²⁸⁴, come, anche a causa dell'eterogeneità degli approcci europei in materia, questa non ponga dei vincoli particolarmente stringenti agli Stati²⁸⁵. I timori di limitare eccessivamente la libertà di espressione, combinati con la necessità di raggiungere l'unanimità²⁸⁶ (a quel tempo) richiesta per l'approvazione degli atti del terzo pilastro, hanno consegnato un testo di natura compromissoria, circondato di una serie di cautele e riserve. Si è giunti, così, a permettere ad ogni Stato membro di mantenere gli aspetti fondamentali della propria legislazione in materia. Anche il carattere istigatorio in concreto, richiesto per la punibilità, finirebbe, secondo questo orientamento, per sterilizzare gli effetti giuridicamente vincolanti della Decisione quadro: la previsione della fattispecie di negazionismo sarebbe svuotata di significato autonomo, poiché rientrerebbe nell'ambito di operatività della più generale fattispecie di cui all'art. 1, comma 1, lett. a) e b), della quale costituirebbe una forma di manifestazione.

Inoltre, a contemperare l'obbligo di incriminazione interviene altresì l'art 7, par. 1, che impegna gli Stati, nell'introdurre le norme repressive del razzismo e della xenofobia, a rispettare i diritti fondamentali di cui all'art, 6 del TUE, tra cui sono espressamente menzionate la libertà di espressione e quella di associazione. L'art. 7, par. 2 precisa ulteriormente che la decisione quadro non ha l'effetto di imporre agli Stati membri l'assunzione di misure che siano in contrasto con i principi fondamentali in tema di libertà di espressione, di stampa e di associazione "quali risultano dalle tradizioni

²⁸⁴ In particolare v. LOBBA P., *La lotta al razzismo, cit.*, per il quale non esisterebbe un obbligo per gli Stati di introdurre un'espressa criminalizzazione del negazionismo.

²⁸⁵ Questa scarsa capacità armonizzatrice è ammessa nella stessa Decisione quadro, al considerando 6: "Poiché le tradizioni culturali e giuridiche degli Stati membri sono in parte diverse, in particolare in questo campo, non è attualmente possibile una piena armonizzazione delle norme penali":

²⁸⁶ Unanimità difficilmente raggiungibile di fronte lo scontro tra paesi a favore di una generalizzata introduzione della fattispecie e quelli più attenti a rispettare i principi di libertà di espressione.

costituzionali o dalle norme che disciplinano i diritti e le responsabilità della stampa e di altri mezzi di comunicazione”²⁸⁷.

L’insieme di tutte queste condizioni alleggerirebbe di molto la richiesta di incriminazione che la Decisione Quadro pone agli Stati²⁸⁸. Inevitabilmente, questa scarsa vincolatività giuridica finisce per sollevare interrogativi sulle ragioni sottese alla sua approvazione: sorge il sospetto, già adombrato in riferimento a tutto il settore della lotta al razzismo e xenofobia, che la criminalizzazione del negazionismo risponda a motivazioni prevalentemente simboliche²⁸⁹.

La breve disamina della Decisione Quadro qui svolta, se, quindi, conferma l’attualità di questioni “vecchie” sulla penalizzazione del negazionismo, al contempo, introduce una serie di nuovi interrogativi, legati per lo più alla portata dell’obbligo di incriminazione degli Stati membri. In ogni caso, alla luce di quanto detto, è corretto dire, che nella disciplina della predetta decisione rimane di assoluta rilevanza, accanto all’impegno di sanzionare penalmente il negazionismo, l’obbligo di rispettare in via principale i diritti individuali fondamentali, tra i quali deve essere annoverato quello di manifestazione del pensiero²⁹⁰.

²⁸⁷ V. in questo senso LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo*, cit., 27. Proprio queste disposizioni avrebbero legittimato per l’Italia la mancata introduzione di una fattispecie *ad hoc*: v., *infra*, par. 5, cap. 3-parte II.

²⁸⁸ A questo riguardo si ricordi, tra l’altro, che le decisioni quadro, essendo atti sorti all’interno del (non più esistente) terzo pilastro dell’Unione europea, non comportano alcuna sanzione in caso di inerzia degli Stati membri nella fase della trasposizione. A differenza di quanto avviene per le direttive europee, cioè, la Commissione non ha il potere di innescare un procedimento di infrazione a carico dello Stato inadempiente. Per questo si è sottolineato la “carezza di effettività” in concreto delle decisioni quadro: v. BERNARDI A., *L’europizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, 2004, 43.

²⁸⁹ In questo senso LOBBA P., *La lotta al razzismo*, cit.

²⁹⁰ V. LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo*, cit., 28; GUARINO G., *Negazionismo e pressapochismo, ovvero come distruggere un’idea*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2014, 10. In tal senso anche EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament and Council on the implementation of Council Framework Dec. 2008/913/JHA on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law*, 27-1-2014, con cui si informano il Parlamento e il Consiglio sul recepimento della decisione quadro, si insiste sulla necessità di procedere all’attuazione della fonte nel rispetto dei diritti fondamentali della Carta di Nizza.

5. I principi fondamentali CEDU

Dopo aver esaminato le richieste di incriminazione provenienti dall'UE, si sposta l'attenzione "all'altra Europa", quella dei diritti, rappresentata dal sistema della CEDU. Se finora si sono messi in luce gli elementi minimi di tutela che la disciplina penale contro le manifestazioni razziste deve approntare, occorre ora volgere lo sguardo all'altro capo della relazione, la libertà di parola, per dedurre quali limiti invalicabili ponga ad un siffatto intervento dello *ius puniendi*.

A più di sessant'anni dalla firma del suo trattato istitutivo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è diventata un autorevole punto di riferimento in numerosi campi del sapere giuridico²⁹¹. La sua giurisprudenza sul diritto alla libertà di espressione ha prodotto principi espressi in aforismi ripetuti come mantra da organi giudiziari, di diversa natura e competenza, collocati in svariate parti del mondo²⁹². A fronte di tanto nobili statuizioni, tuttavia, si segnalano zone d'ombra applicative, in cui la Corte adotta schemi decisori speciali, in esplicita o implicita deroga alle norme generali. Uno di questi riguarda proprio le norme penali adottate per contrastare le opinioni generalmente inquadabili entro il fenomeno del negazionismo, misure sempre passate indenni al vaglio di Strasburgo, quali che siano state le circostanze del caso concreto. In tale campo, come si cercherà di evidenziare, la giurisprudenza EDU con decisione applica uno statuto d'eccezione, sottraendolo alle comuni guarentigie in materia di libertà di espressione.

Il fenomeno negazionista è trattato, innanzitutto, in diversi documenti del Consiglio d'Europa, in cui si individuano fonti che consentono e talora

²⁹¹ Sulla circolazione dei modelli giuridici si veda, fra gli altri: GRANDE E., *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.

²⁹² In questo senso anche FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 63 secondo cui la giurisprudenza europea in questo settore è divenuta un punto di riferimento internazionalmente accettato, venendo richiamata anche dai tribunali penali internazionali; si pensi al c.d. processo ai Media in cui il Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda ha applicato ed interpretato la fattispecie di incitamento al genocidio.

richiedono l'adozione di misure limitative del negazionismo²⁹³; in secondo luogo, in numerose decisioni dei giudici di Strasburgo. In generale non vi è nessun dato diverso rispetto alle legislazioni nazionali e all'UE: l'orientamento consolidato anche in questo circuito è nella direzione di reprimere tali forme di espressione mediante il diritto penale.

La questione è dunque un'altra: individuare il *discrimen* tra il "pavimento" di condotte oggetto di obblighi di incriminazione derivanti dal diritto dell'UE ed il "tetto" oltre il quale la norma penale violerebbe la libertà di espressione garantita dalla CEDU e che la giurisprudenza di Strasburgo tende ad individuare come vero e proprio contro limite²⁹⁴. Nell'ambito del sistema normativo in esame l'elemento di maggiore interesse è, quindi, costituito dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo sia al fine di comprendere la complessità del reato di negazionismo *tout court*, sia perché contengono strutture argomentative e schemi di bilanciamento che assumono significato per la risoluzione di altri casi concreti dinanzi ad altre giurisdizioni²⁹⁵.

Chiamata spesso a pronunciarsi sulla compatibilità del reato di negazionismo con la garanzia della libertà di espressione, la Corte inquadra il fenomeno in questione nella più ampia figura del "discorso d'odio"²⁹⁶.

²⁹³ Così in particolare il Protocollo addizionale del 28 gennaio 2003 alla Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica del 2001, entrata in vigore il 1 marzo 2006. L'art 6 par. 1 impegna a punire le condotte di diffusione o messa a disposizione del pubblico, per il tramite di un sistema informatico, di materiale che neghi, minimizzi in modo palese, approvi o giustifichi fatti di genocidio o crimini contro l'umanità, riconosciuti come tali dal Tribunale di Norimberga o da altra corte internazionale della quale gli Stati parte riconoscono la giurisdizione. Ai sensi dell'art. 6, par. 2, gli Stati possono circoscrivere la punibilità prevedendo che le condotte di negazione e di minimizzazione siano sanzionate se commesse con l'intenzione di incitare all'odio, alla discriminazione o alla violenza nei confronti di una o più persone, in ragione della loro appartenenza ad un gruppo caratterizzato in base alla razza, al colore, all'origine nazionale o etnica, alla religione. Ciascuna delle Parti della Convenzione può, tuttavia, riservarsi di non applicare in tutto o in parte l'art. 6, par. 1. Al gennaio 2016 hanno ratificato il Protocollo 24 Stati, tra i quali la Norvegia, la Danimarca e la Finlandia esercitando la facoltà di cui all'art. 6, par. 2.

²⁹⁴ V. LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/2014, 1815 ss.

²⁹⁵ FRONZA E., *Il negazionismo*, in *Enciclopedia del diritto. Estratto*, Annali VIII, Giuffrè, 641.

²⁹⁶ Cfr. LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione*, cit., 1821.

Essa ribadisce la gravità delle affermazioni negazioniste e ritiene ammissibile il ricorso allo strumento penale per contrastarle. Due le norme che la Corte applica per confrontarsi con i discorsi negazionisti e per affermare, nella maggioranza dei casi, che questi non trovano tutela nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'art. 10, sulla libertà di espressione, e l'art. 17, norma generale che disciplina l'abuso del diritto. Nella prima ipotesi i giudici affermano che i proclami negazionisti ricadano al di fuori della garanzia prevista nell'art. 10 e giustificano, una volta effettuato il *test* di verifica previsto da quella disposizione, l'intervento limitativo del diritto penale sulla libertà di espressione,. Nella seconda ipotesi invece, saltando siffatta valutazione, i giudici dichiarano che la libertà di espressione, ai sensi dell'art. 17, non può estendersi sino ai casi in cui la stessa è utilizzata per fini contrari al testo e allo spirito della Convenzione, perché potrebbe portare alla distruzione e all'eliminazione dei diritti e delle libertà in essa garantiti.

5.1. I tre stadi evolutivi della Corte EDU tra libertà di espressione, abuso di diritto e protezione della democrazia

La linea evolutiva della giurisprudenza degli organi di Strasburgo sul negazionismo si snoda in tre fasi principali, caratterizzate dal diverso ruolo assunto in esse dall'art. 17 CEDU²⁹⁷.

Nella prima fase i ricorsi rimangono assoggettati all'ordinaria disciplina prevista dall'art. 10, rimanendo ancora estraneo l'art 17. Appare quindi importante richiamare i principi fondamentali che la Corte EDU ha sviluppato a partire dalla formulazione dei due commi di cui si compone il predetto art. 10. Al par. 1 si riconosce la libertà di espressione e di inviare e ricevere informazioni e comunicazioni senza ingerenze da parte delle pubbliche autorità. La più incisiva statuizione di principio circa l'estensione

²⁹⁷ Sulla individuazione di tre fasi nella giurisprudenza della Corte EDU in materia di negazionismo v. LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione*, cit. 1827.

di tale diritto alla libertà di espressione, consacrato dal primo comma, è contenuta nella celebre sentenza *Handyside*, in cui è stato rimarcato che l'ambito d'applicazione di questa essenziale prerogativa non è limitato alle sole "informazioni o idee accolte con favore o considerate inoffensive o indifferenti, ma abbraccia anche quelle che urtano, scioccano o inquietano"²⁹⁸. Il secondo comma elenca, in modo abbastanza generico, i limiti alla libertà di espressione, che ne confermano la natura di diritto non assoluto²⁹⁹. Un'eventuale *interference* a tale libertà è ammessa a condizione che a) sia prevista dalla legge (*lawfulness of interference*), b) miri a realizzare uno scopo legittimo (*legitimate aim*)³⁰⁰, c) sia necessaria in una società democratica e risulti proporzionata rispetto allo scopo perseguito (*necessary in a democratic society*). Il punto in cui più penetrante si fa il sindacato europeo sulle scelte nazionali è rappresentato dall'ultimo anello della catena logica appena delineata, vale a dire il test di necessità, che si concretizza nell'accertamento della sussistenza di un bisogno sociale preminente. Nella valutazione dei requisiti anzidetti, la Corte concede agli Stati un certo margine di apprezzamento, in ragione della loro vicinanza fisica e culturale al luogo del fatto, che dovrebbe assicurare una stima più affidabile dei bisogni della comunità; a questa discrezionalità si accompagna, comunque, una supervisione europea delle scelte compiute dai governi, dato che alla Corte spetta sempre l'ultima parola sulla loro compatibilità con la Convenzione.

Le decisioni ascrivibili alla prima fase della giurisprudenza di Strasburgo in materia di negazionismo, si limitano all'applicazione dell'appena descritto ordinario test ex art. 10, rimanendo ancora estraneo al

²⁹⁸ *Handyside v. United Kingdom*, 7 dicembre 1976, 5493/72, par. 49, testo in italiano in DE SALVIA M., ZAGREBELSKY V. (diretto da), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali: la giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. I, Milano, 2006, 228 ss.

²⁹⁹ In questo senso LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo*, cit., 30.

³⁰⁰ Deve essere finalizzata a perseguire uno dei seguenti scopi: sicurezza nazionale, difesa dell'ordine e prevenzione dei delitti, protezione della salute o della morale, protezione della reputazione o dei diritti altrui, impedimento della diffusione di informazioni riservate, garanzia dell'autorità ed imparzialità del potere giudiziario.

ragionamento della Commissione in questa fase iniziale l'art. 17. Si tratta di casi in cui le norme non incriminano ancora esplicitamente condotte negazioniste³⁰¹; spesso addirittura i procedimenti imputati a questo filone non sono nemmeno necessariamente di tipo penale, ma conducono comunque ad un restringimento della libertà di opinione, per via civile o amministrativa³⁰².

Per fare un esempio, un caso inquadrabile in questo primo stadio di evoluzione giurisprudenziale è *T. v. Belgium*³⁰³: la Commissione rigetta l'idea che le atrocità di Auschwitz appartengano ormai solamente al campo delle scienze storiche, riaffermando il diritto delle famiglie delle vittime alla protezione della memoria dei loro parenti.

La fase mediana del cammino giurisprudenziale qui in esame vede la contaminazione delle argomentazioni utilizzate nei casi di negazionismo con quelle elaborate in tema di attività ad ispirazione nazista o totalitaria, alle quali il primo fenomeno viene da questo momento in poi ricondotto. La peculiarità sta nel fatto che l'abuso del diritto fa ingresso nel ragionamento dei giudici, laddove, nell'ambito della valutazione sulla necessità dell'ingerenza statale, è precisato che i diritti di cui all'art. 10 "non possono essere invocati in un senso contrario all'art 17"³⁰⁴. Infatti, oltre alle restrizioni previste del secondo comma dell'art. 10, la libertà di espressione

³⁰¹ In tale periodo iniziale esse erano punite in special modo in Germania attraverso un'interpretazione estensiva di fattispecie non certo connotate da granitica tassatività, quali il vilipendio alla memoria dei defunti, l'incitamento all'odio e la diffamazione.

³⁰² *V. X. v. Federal Republic of Germany* (dec.), 16 luglio 1982, 9235/81; qui il caso trae origine da un'ingiunzione ottenuta in sede civile che faceva divieto al ricorrente di continuare ad affiggere volantini a sfondo negazionista.

³⁰³ *T. v. Belgium*, (dec.), 14 luglio 1983, 9777/82.

³⁰⁴ *Kunhnen v. Germany*, (dec.), 12 maggio 1988, 12194/86. Considerando che il ricorrente utilizza le garanzie sancite dall'art. 10 come base per attività contrarie "al testo e allo spirito" della CEDU (con pubblicazioni che sostengono gli ideali del nazionalsocialismo), l'ingerenza statale *de qua* è dichiarata necessaria in una società democratica. È questo un caso che forma l'alveo concettuale dal quale si dirama la matrice argomentativa utilizzata in un consistente numero di decisioni sul negazionismo.

trova un limite esterno, di natura eccezionale, nella clausola dell' "abuso di diritto" prevista dall'art. 17³⁰⁵.

Tale disposizione – frutto della tragica esperienza storica immediatamente precedente la redazione della CEDU – è stata concepita come arma supplementare di difesa della democrazia dalle "correnti totalitarie", volta ad impedire che i loro esponenti potessero sfruttare i principi sanciti dalla Convenzione per limitarne o inibirne l'esercizio. L' "abuso di diritto" rappresenta il perno di un compromesso tra la salvaguardia degli interessi generali della comunità ed il rispetto dei diritti individuali, suggellato nella formula tedesca della *wehrhafte Demokratie*³⁰⁶.

L'elemento caratterizzante questa seconda fase giurisprudenziale, che si manifesta per buona parte degli anni '90, è dato, appunto, dall'art. 17 – in una versione definita come "dolce"³⁰⁷ – nella veste di fattore rilevante all'interno del giudizio di bilanciamento svolto seguendo i consueti parametri di cui all'art. 10. In questo modo, l'abuso del diritto funge da strumento di misura della necessità della restrizione statale alla libertà di espressione. Nella maggior parte dei casi, stavolta, le istituzioni di Strasburgo si sono trovate a vagliare la compatibilità con la CEDU di precetti penali specificamente diretti a proibire la negazione o la giustificazione della Shoah. Essi sono stati considerati conformi alla Convenzione richiamando i legittimi scopi che perseguono (difesa dell'ordine, prevenzione dei reati e protezione della reputazione e dei diritti altrui) e sottolineando che si sono sempre imposti sulla libertà di espressione, in quanto le attività negazioniste sarebbero incompatibili con

³⁰⁵ Per una ricostruzione storica e comparata dell'abuso del diritto v., LOSURDO F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011.

³⁰⁶ Letteralmente "democrazia capace di difendersi", detta anche "democrazia protetta"; il concetto è stato ideato negli anni '30 dal filosofo tedesco, esiliato negli Stati Uniti, Karl Loewenstein, v. LOVENSTEIN K., *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *The Am. Pol. Science Rev.*, 1937, 417-432, 638-658.

³⁰⁷ In questo senso LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 1831.

gli ideali di pace e giustizia che ispirano il sistema convenzionale³⁰⁸. Queste decisioni corrispondono ad un'evoluzione dell'interpretazione dell'art. 17. Sorto per impedire alle ideologie totalitarie di sfruttare i diritti garantiti dalla CEDU, è gradualmente transitato nell'ambito dei discorsi negazionisti, dove ha finito per essere invocato indipendentemente da una loro qualificazione come espressioni antidemocratiche³⁰⁹.

Comunque, in seguito all'innesto dell'abuso del diritto nel tessuto nella decisione, due sono i sentieri argomentativi percorsi dai giudici. In una prima variante – che risulta, in questo frangente, predominante – tale clausola sembra costituire il veicolo per preservare la pacifica coesistenza della popolazione nell'ambito dello Stato convenuto, prevalente sui beni ad essa contrapposti, fondati sulla libera manifestazione del pensiero. La seconda modalità in cui l'art. 17 influenza l'usuale decorso motivazionale ex art. 10 non si contraddistingue certo per inappuntabile rigore logico: la clausola diviene strumento per escludere certi tipi di espressioni dall'ombrello protettivo della Convenzione (il c.d. effetto ghigliottina).

Questa seconda variante costituisce l'antecedente concettuale della terza fase di evoluzione della giurisprudenza sul negazionismo, nella quale emerge nitidamente il regime derogatorio che la Corte applica a queste espressioni. Quando invocato come cardine argomentativo delle decisioni, l'art. 17 vale a rimuovere radicalmente certi tipi di opinioni dall'ambito di protezione convenzionale, senza bisogno di affrontare l'esame previsto dall'art. 10: anziché valutare l'insieme delle circostanze del caso concreto, il ricorso potrà essere rigettato in via preliminare come inammissibile.

Parte della dottrina³¹⁰ ha duramente criticato tale esito, mettendo in luce alcune avverse conseguenze derivanti dall'effetto ghigliottina. In primo luogo, esso impedisce alla Corte quella valutazione globale della condotta,

³⁰⁸ V. *Remer v. Germany*, (dec.), 6 settembre 1995, 24096/94.

³⁰⁹ In questo senso FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 62 ss.

³¹⁰ V. LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 1826 ss.

compiuta tenendo conto di tutte le circostanze concrete, che costituisce il punto di forza dell'ordinario test ex art. 10. In secondo luogo, la pronuncia di inammissibilità emargina il criterio della proporzionalità, criterio irrinunciabile in quelle occasioni in cui l'interferenza statale è consistita in sanzioni privative della libertà personale. Infine, la Corte ha dimostrato con questo metodo un'eccessiva deferenza rispetto agli apprezzamenti effettuati dai tribunali interni, mancando di sviluppare quella sua autonoma valutazione del caso, che ha reso particolarmente incisivo l'esame svolto ex art. 10.

Pur essendo vero che già in precedenza non era rimasto che un simulacro del giudizio di bilanciamento ex art. 10, a partire dalla fondamentale sentenza *Lehideux*³¹¹ anche questo velo viene definitivamente squarciato: si afferma che la negazione o la revisione di fatti storici chiaramente stabiliti – come l'Olocausto – non sono tutelate dall'art. 10 CEDU, in virtù dell'art. 17 della medesima Convenzione³¹².

Tra i casi seguiti a *Lehideux* quello più celebre a livello internazionale e che ha portato a compimento i principi teorizzati in quella sentenza è *Garaudy c. France*³¹³. I giudici di Strasburgo fanno proprio, nella sua totalità, il principio sancito nel caso *Lehideux*: la negazione dei “fatti storici chiaramente stabiliti” (“*of clearly established historical facts*”), così come ogni altra espressione diretta contro i valori sottesi alla Convenzione, non gode, ai sensi dell'art. 17, delle garanzie offerte dall'art. 10³¹⁴. Tale condotta – aggiungono i magistrati – si differenzia

³¹¹ *Lehideux and Isorni v. France*, GC, 23 settembre 1998, 24662/94. Curiosamente, il precedente che maggiormente influenzerà la più recente giurisprudenza sul negazionismo non riguarda condotte tipicamente negazioniste

³¹² *Ibid.*, par. 53,55,58. Di fatto storico stabilito si parla anche ad esempio in *Janowiec e altri c. Russia* (dec.), 55508/07 e 29520/09.

³¹³ *Garaudy c. France* (dec.), 24 giugno 2003, 65831/01. Il ricorrente denuncia la violazione dell'art. 10 che sarebbe stata causata da una serie di condanne inflittele dai tribunali interni per alcuni passaggi del suo libro “I miti fondatori della politica israeliana”, giudicati negazionisti ed antisemiti. La Corte Edu dichiara irricevibile il ricorso presentato da Garaudy.

³¹⁴ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par 1, 28.

completamente dalla ricerca storica, visto che intende in realtà riabilitare il regime nazista, accusando le vittime stesse di falsificazione della storia³¹⁵.

Il ragionamento appena sintetizzato solleva alcune criticità³¹⁶. Oltre all'indeterminatezza della categoria, il discrimine tra fatti accertati e fatti tuttora oggetto di dibattito mette in risalto l'intersezione profonda, in tale fattispecie, tra diritto penale e storia³¹⁷. Quest'ultima è qui declinata secondo una concezione che la designa come processo di acquisizione graduale destinato a produrre una "definitiva" conoscenza del passato. Una impostazione peraltro risalente al positivismo ottocentesco, largamente superata dalle riflessioni interne alla stessa comunità degli storici contemporanei, e come tale, destinata a produrre un confine del tutto fragile e oscillante dello stesso oggetti di tutela. Vi è di più. Questa differenziazione apre la strada a potenziali gerarchie di memorie, quelle sui "fatti stabiliti", meritevoli di tutela, e quelle sui "fatti ancora in discussione", che potrebbero anche essere violate, in una dinamica ancor più rilevante dinanzi alla attuale e più estesa configurazione della fattispecie criminosa nella sua forma allargata.

C'è da dire che, però, nonostante i dubbi, l'argomentazione riveste notevole importanza per la successiva evoluzione della giurisprudenza sul negazionismo³¹⁸. Da un lato, si sposta l'obiettivo dell'abuso del diritto dalla negazione dei fatti storici chiaramente stabiliti a quella dei crimini contro l'umanità, anticipando così i futuri sviluppi giurisprudenziali³¹⁹. Dall'altro lato, sorge il dubbio che ad essere esclusa dalla protezione convenzionale *ex art. 17* non sia la totalità delle opinioni che negano fatti storici chiaramente

³¹⁵ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par 1, 29.

³¹⁶ V. FRONZA E., voce *Il negazionismo*, cit., 643.

³¹⁷ Su affinità e differenze tra giudice e storico ed i rispettivi statuti epistemologici v., per tutti, CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico. Considerazioni a margine del processo Sofri*, Torino, 1991.

³¹⁸ Così LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 1834 ss.

³¹⁹ In *Garaudy c. France*, cit., par 1, si legge che la "negazione dei crimini contro l'umanità" costituisce una delle più gravi forme di diffamazione razziale e di incitamento all'odio contro gli ebrei.

acclarati, ma solo quelle inquadrabili come attività ad ispirazione totalitaria o razzista oppure, più in generale, aventi carattere antidemocratico.

5.2. La soluzione del caso *Perinçek*

A partire dall'ultimo stadio evolutivo, l'abuso del diritto diviene il pilastro argomentativo – unico ed autonomo – delle decisioni, comportando l'esclusione a monte delle espressioni negazioniste dall'area di tutela della CEDU.

In questo quadro la sentenza *Perinçek c. Svizzera*³²⁰ pare costituire una svolta – o meglio un'inversione di tendenza³²¹ – nella trentennale giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Affrontando, per la prima volta, la contestazione della natura genocidiaria dell'eccidio compiuto contro il popolo armeno nel 1915, i giudici decidono di non replicare il consolidato *modus iudicandi* esibito nei casi di negazione della Shoah. Anziché ricorrere allo statuto d'eccezione – basato sull'abuso del diritto – applicato a tali condotte, essi fanno affidamento sullo *ius commune* sviluppato a partire dall'art. 10 CEDU, che impone di valutare la vicenda alla luce di tutte le circostanze del caso concreto. L'esito di questa operazione di bilanciamento è favorevole al ricorrente: la condanna subita per contestazione di crimini di genocidio o contro l'umanità è dichiarata in contrasto con la libertà di espressione.

³²⁰ Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, 27510/08, 15 ottobre 2015.

³²¹ È significativa la circostanza che, a meno di un mese dalla pronuncia della *Grande Chambre* sulla vicenda *Perinçek*, i giudici della salvaguardia dei diritti dell'uomo confermano il tradizionale *modus operandi* ex art. 17 CEDU nella decisione *M'bala M'bala c. Francia* – ridicolizzazione del genocidio ebraico sotto le mentite spoglie di uno "spettacolo satirico". Il caso quindi viene ricondotto su un piano pubblicistico, al pari dei casi di negazionismo della Shoah, da sempre valutati dalla Corte in tali termini. È proprio la "pericolosità" in termini pubblicistici, alla luce del particolare contesto antisemita, a far ritenere che la condotta di Dieudonné sia un tentativo di deviare l'art. 10 CEDU dalla sua funzione. Poiché, cioè, le espressioni sono volte a "fomentare l'odio" e sono per questo pericolose in termini di pace sociale, si può dire che con esse Dieudonné tentasse di utilizzare il proprio diritto alla libertà di espressione per fini contrari alla Convenzione, perciò integrando un abuso del suo diritto ex art. 17 CEDU. È In quest'ottica che viene richiamata la giurisprudenza della Corte in tema di negazionismo, soprattutto con riferimento ai casi *Garaudy c. Francia* e *Lehideux e Isorni c. Francia*. V. Corte Edu, 20 ottobre 2015, *M'bala M'bala c. Francia*, ricorso n. 25239/2013.

La vicenda ha origine in Svizzera e coinvolge *Doğu Perinçek*, capo del Partito Turco dei Lavoratori, che nel 2005, in occasione di tre distinti eventi pubblici, manifestava opinioni negazioniste sul genocidio degli Armeni (*Metz Yeghèrn*)³²². Condannato dalle autorità svizzere³²³, Perinçek ricorre dinanzi alla Corte EDU, ritenendo che sia stata limitata ingiustificatamente la sua libertà di espressione: per Perinçek quei crimini sarebbero stati sì commessi, ma per esigenze di natura bellica e senza essere connotati da quell'intenzione specifica – essenziale per la sussistenza del crimine di genocidio – di distruggere il popolo armeno.

I giudici di Strasburgo (Sezione II), accogliendo il ricorso, il 17 dicembre 2013 dichiarano che la condanna è in contrasto con la disciplina convenzionale dell'art. 10³²⁴.

Su richiesta del Governo svizzero, la causa è, infine, portata dinanzi alla Grande Camera che si pronuncia con la sentenza del 15 ottobre 2015³²⁵. Secondo la Corte EDU l'applicazione dell'art. 261-bis, co. 4, c.p. svizzero che ha comportato la condanna del ricorrente, rispetta i primi due requisiti dell'art. 10, par. 2, CEDU. In particolare, per quanto riguarda il requisito della *lawfulness of interference*, che ha strette connessioni con il principio

³²² La prima volta accade a Losanna, nel Cantone di Vaud, il 7 maggio 2005, quando, in una conferenza stampa, afferma che “*the Armenian Genocide is an international lie*”, orchestrata dalle forze imperialiste degli Stati Uniti e dell'Europa. Il secondo fatto si verifica il 22 luglio 2005 a Opfikon, nel Cantone di Zurigo, in occasione di una commemorazione del Trattato di Losanna del 1923, durante la quale il ricorrente dichiara che il problema dei Crudi e degli Armeni non è mai esistito e distribuisce un volantino dal titolo *The Great Powers and the Armenian question*. Il terzo episodio risale al 18 settembre dello stesso anno: Perinçek a Köniz, nel Cantone di Berna, riporta presunte fonti sovietiche che escluderebbero la commissione di un genocidio da parte della Turchia e ribadisce che gli Armeni all'inizio del XX secolo erano alleati dalle forze imperialiste nemiche dell'Impero ottomano. Conclude, infine, dicendo che “*there was no genocide of the Armenians in 1915. It was a battle between peoples*”.

³²³ *Tribunal federal*, 12 dicembre 2007, n. 398, in www.bger.ch. Perinçek è condannato al pagamento di una pena pecuniaria dal giudice di Losanna perché ritenuto responsabile del reato di cui all'art. 261-bis, par. 4, c.p. svizzero, che punisce chi pubblicamente nega, minimizza in modo grossolano o giustifica un genocidio o un altro crimine contro l'umanità, per ragioni di discriminazione razziale, etnica o religiosa. La condanna è confermata nei successivi gradi di giudizio.

³²⁴ Cfr. Corte Edu, Sez. II, *Perinçek v. Switzerland*, Application no. 27510/08, 17-12-2013. In commento cfr. LOBBA P., *Un arresto della tendenza repressiva europea sul negazionismo. Punire la contestazione del “genocidio armeno” viola l'art. 10 CEDU*, in *Dir. pen. contemp.* (ed. web), 15-1-2014.

³²⁵ Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, 27510/08, 15 ottobre 2015.

di legalità (art. 7 CEDU), è da ritenersi che la norma incriminatrice rispetti i caratteri di accessibilità/prevedibilità e che non sia affetta da imprecisione poiché *Perinçek*, vantando una consolidata formazione giuridica e una prolungata esperienza politica, non poteva non prevedere che le affermazioni contestategli potessero integrare un fatto di reato. Ad avviso della Corte pure è integrato il secondo requisito di cui all'art. 10, par. 2, CEDU, vale a dire lo scopo legittimo per cui è prevista la limitazione alla libera manifestazione del pensiero (“*legitimate aim*”)³²⁶.

Resta da affrontare il profilo sulla sussistenza o meno del terzo requisito, cioè della necessità della misura limitativa in una società democratica.

In proposito, la Sezione II della Corte già si era espressa in senso negativo nel 2013, muovendo dal rilievo secondo cui le dichiarazioni a contenuto storico e politico rivestono un interesse pubblico, con la conseguente riduzione del margine di apprezzamento dello Stato nella previsione di eventuali misure restrittive³²⁷. In particolare i giudici della Sezione arrivano alla conclusione di accogliere le argomentazioni del ricorrente in quanto riguarderebbero la qualificazione giuridica del fatto (diverso sarebbe, invece, il caso di “negazione del fatto storico³²⁸) e non inciterebbero all'odio o alla violenza.

³²⁶ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., parr. 141-144; 155-157. Circa il requisito dell’“*legitimate aim*” sussisterebbe la finalità di tutela degli altrui diritti, cioè dell'onore e della dignità dei discendenti delle vittime dei massacri commessi dai Turchi nel 1915.

³²⁷ Cfr. Corte EDU, Sez. II., *Perinçek v. Switzerland*, Application no. 27510/08, 17-12-2013. In particolare, la Sezione II, nell'accogliere le doglianze del ricorrente, aveva considerato come dall'esistenza del generale consenso con cui è riconosciuto il genocidio armeno non si potesse già interferire la necessità della misura limitativa e pure aveva escluso che potesse dirsi provato che le dichiarazioni incriminate fossero idonee a fomentare comportamenti di odio e di violenza, diversamente da quanto avviene per le affermazioni negazioniste sull'Olocausto, costantemente ritenute dai giudici di Strasburgo contrarie all'ordine democratico.

³²⁸ I giudici distinguono tra “negazione del fatto storico” e “negazione della qualificazione giuridica del fatto storico” come crimine internazionale di genocidio e, essendo nel caso in questione, in gioco la seconda categoria di negazione si conclude ritenendo ingiustificatamente la libertà di espressione: cfr. Corte EDU, Sez. II., *Perinçek v. Switzerland*, cit., par.51. Tale distinzione solleva diversi e importanti interrogativi su chi abbia il potere di decidere che un fatto possa essere considerato un fatto storico, oltre che sulla difficoltà a discernere la narrazione dei fatti dai fatti stessi, il significante dal segno: v., in questo senso, FRONZA E., voce *il negazionismo*, cit., 643.

Il giudizio con cui, in seguito, invece, la Grande Camera giunge ad affermare che la punizione delle dichiarazioni del ricorrente è in contrasto con l'art. 10 CEDU per carenza della necessità della misura restrittiva in una società democratica si pone all'esito del bilanciamento tra i due diritti – di pari rilevanza costituzionale – di libertà di espressione (art. 10 CEDU) e di rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU)³²⁹. È proprio sulla base di quest'ultimo articolo, infatti, che trova tutela la dignità degli Armeni e dei loro antenati dinanzi ad affermazioni negazioniste³³⁰. La Corte, nello specifico, rintracciati nella precedente giurisprudenza, i confini della libertà di espressione quando il discorso abbia ad oggetto temi storici³³¹, passa ad applicare sette criteri per bilanciare tra loro, nella situazione concreta, i diritti protetti rispettivamente dall'art. 10 e dall'art. 8 CEDU e stabilire se la misura restrittiva assunta nei confronti del ricorrente sia o meno necessaria in una società democratica.

I criteri presi in esame sono qui di seguito illustrati: a) la natura delle dichiarazioni del ricorrente³³² b) il contesto in cui si realizza l'interferenza tra il diritto alla manifestazione del pensiero ed un altro diritto³³³ c) la portata (“*extent*”) offensiva della dichiarazioni rispetto ai diritti dei membri

³²⁹ Così espressamente cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 198.

³³⁰ Sulla riconducibilità sotto l'art. 8 CEDU della tutela della reputazione degli antenati cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 200-203.

³³¹ In sintesi la Corte ritiene, in termini non dissimili da quanto detto per l'“*hate speech*”, che l'ammissibilità o meno di interferenze con la manifestazione del pensiero su temi storici si debba valutare alla luce dell'interazione tra la natura del discorso, i suoi potenziali effetti e il contesto in cui è pronunciato: cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek v. Switzerland*, cit., par. 216-220.

³³² Cfr. *ivi*, par. 229-240. Il criterio consente di distinguere tra dichiarazioni di pubblico interesse a contenuto storico, politico o giuridico e dichiarazioni prive di tale carattere e di affermare che le prime sono meritevole di *strong protection*. La circostanza che il discorso abbia rilevanza pubblica riduce il margine di apprezzamento dello Stato nel giudizio di bilanciamento, ma non esclude che, ove vantino tale qualifica pubblica, le parole pronunciate o scritte possano essere oggetto di *interference* se incitano all'odio, alla discriminazione o alla violenza, risultando in tal caso escluse dalla copertura dell'art. 10 CEDU.

³³³ Cfr. *ivi*, par. 242-250. Quanto più è sensibile il contesto storico e geografico in cui avviene la comunicazione, tanto più possono rendersi necessarie per una società democratica restrizioni alla manifestazione del pensiero. Sulla base di tale argomento i giudici ritengono che la Svizzera non abbia nessun collegamento con il genocidio degli Armeni.

della comunità armena³³⁴ d) l'esistenza o meno di un consenso tra gli Stati parte³³⁵ e) l'esistenza di obblighi internazionali di incriminazione³³⁶ f) le ragioni in base alle quali lo Stato motiva il provvedimento di condanna del ricorrente³³⁷ g) la severità della limitazione³³⁸. Applicando i setti criteri elencati, la Grande Camera ritiene che la repressione penale delle dichiarazioni di Perinçek violi l'art. 10 CEDU dal momento che l'autorità svizzera ha disatteso l'obbligo di illustrare le ragioni per cui la misura restrittiva adottata, per di più di marca penalistica, sia necessaria in una società democratica. A fronte di tale carenza, la Corte EDU conclude affermando che *“it was necessary, in a democratic society, to subject the applicant to a criminal penalty in order to protect the rights of the Armenian community at stake in the present case”*³³⁹.

5.3. Verso una quarta fase della giurisprudenza europea

Sebbene non intenda fornire un giudizio di carattere generale sulla legittimità dell'incriminazione di dichiarazioni negazioniste e limiti la propria portata alla vicenda concreta, è verosimile ritenere che il caso *Perinçek*, deciso nell'anno del centenario del “Grande Male”, sia destinato ad avere un'eco duratura nel dibattito giuridico e politico sulla punibilità del negazionismo.

Dalla sentenza possono essere evidenziati, per cominciare, taluni rilevanti passaggi che meritano apprezzamento.

In primo luogo, essa pone un freno ad un *trend* repressivo multilivello, connotato dalla graduale espansione (geografica, sostanziale e

³³⁴ Cfr. *ivi*, parr. 251-255: le parole suscettibili di limitazione devono manifestare in concreto una capacità offensiva dei soggetti che fanno parte della comunità vittima dei fatti negati.

³³⁵ Cfr. *ivi*, parr. 255-257.

³³⁶ Cfr. *ivi*, parr. 258-268.

³³⁷ Cfr. *ivi*, parr. 269-271.

³³⁸ Cfr. *ivi*, parr. 272-273.

³³⁹ Cfr. *ivi*, parr. 275 e 280.

teleologica) delle condotte negazioniste penalmente rilevanti³⁴⁰. Così facendo, ravviva quel ruolo, dichiaratamente assunto dalla Corte di Strasburgo, di baluardo contro i tentativi di “addomesticamento” della libertà di espressione, ultimamente offuscato da una giurisprudenza poco incline a mettere in discussione le risultanze dei procedimenti interni³⁴¹. La sentenza riconduce con lodevole chiarezza il problema della legittimità/illegittimità della sanzione del negazionismo al suo fondamento convenzionale: anche il negazionismo è manifestazione del pensiero, i cui limiti sono ammissibili nel sistema CEDU solo alle condizioni previste. Tali limiti costituiscono non la regola, bensì l’eccezione e, in quanto tali, sono da interpretarsi restrittivamente³⁴². Nel caso, poi, in cui il discorso verta su temi storici, la manifestazione del pensiero gode di una “protezione forte”, a meno che esso non scada in un’istigazione alla violenza, all’odio e all’intolleranza che fuoriesce dalla tutela convenzionale. È consequenziale che la punizione del negazionismo non possa già giustificarsi per il “contenuto” dell’idea, ma solo nell’ipotesi in cui, sussistendo gli altri requisiti di cui all’art 10, par. 2, CEDU, si riveli, in ossequio al principio di *extrema ratio*, misura, nel caso concreto, necessaria in una società democratica.

I giudici dunque affermano l’importanza della libertà di espressione su temi di rilevanza pubblica, anche quando si tratta di opinioni offensive, e ribadiscono la natura aperta per definizione (“*par nature*”) del dibattito storico, il quale “non si presta a conclusioni definitive o a verità oggettive e assolute”.

³⁴⁰ In questo senso LOBBA P., *Un “arresto” della tendenza repressiva europea sul negazionismo*, in *Dir. pen. contemp* (ed. web), 14-01-2014

³⁴¹ Per questa riflessione cfr. LEOTTA C., *Limiti penalistici alla libertà di espressione: il caso del negazionismo del genocidio armeno*, in *Archivio penale*, n. 1/2016

³⁴² La libertà di manifestazione del pensiero non può avere spazio solo quando la parola è di per sé inoffensiva o ha a oggetto un tema indifferente; al contrario, in una società democratica, essa deve essere garantita anche se le idee offendono, provocano *shock*, o disturbano. Cfr. *ivi*, par. 196.

Contemporaneamente, però, stabiliscono un'eccezione, anche di trattamento, per quelle asserzioni che riguardano la *Shoah*³⁴³. Ecco che, al di là dei pregi della sentenza, emerge una prima contraddizione, che appare addirittura doppia. Sia rispetto al caso specifico: il genocidio armeno gode di una tutela minore. Sia rispetto all'argomento generale: prima si separano le due sfere, quella storica e quella giudiziaria e legale, poi si rinsaldano nel fatto storico *Shoah*³⁴⁴.

È vero quindi che l'arresto presenta argomenti apprezzabili volti a ribadire l'eccezionalità, nel sistema CEDU, dei limiti posti alla libertà di espressione, ma non se ne può tacere, come appena mostrato, una latente ambiguità. Aspetti critici si presentano soprattutto a proposito delle finalità di tutela che possono essere perseguite da norme incriminatrici del fenomeno negazionista³⁴⁵. La Grande Camera, come più volte ribadito, prende le mosse dall'affermazione secondo cui il diritto alla memoria storica di un gruppo sia espressione del diritto al rispetto della vita personale e familiare, protetto dall'art. 8 CEDU e di pari dignità del diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU. Sembra, tuttavia, che da una siffatta individuazione di partenza del bene protetto, la Corte non faccia discendere conseguenze del tutto coerenti ed accolga, infine, il ricorso *Perinçek* essenzialmente perché esclude che le frasi da lui proferite abbiano istigato all'odio, alla violenza o all'intolleranza. I passaggi della sentenza rivelano come la Corte, a prescindere dalle premesse, anziché bilanciare libertà di manifestazione del pensiero e dignità del gruppo vittima, operi, piuttosto, un bilanciamento tra il primo dei due beni e la tutela dell'ordine pubblico, inteso come pacifica convivenza tra i consociati. Quest'ultimo, tuttavia, è un bene del tutto differente dalla dignità del gruppo, la quale è in sé intangibile. Anziché negare che le frasi di *Perinçek* abbiano recato offesa alla dignità del "popolo dell'arca", che sul genocidio costruisce parte della

³⁴³ Cfr. *ivi*, par. 117.

³⁴⁴ V. FRONZA E., voce *il negazionismo*, cit.

³⁴⁵ In questo senso v. LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo*, cit., 57 ss.

sua identità, sarebbe stata, allora, preferibile una differente scelta della Corte (non nel *decisum*, ma nella motivazione del provvedimento)³⁴⁶. L'offesa c'è, ma, finché non si traduce in un'istigazione all'odio e alla violenza, è opportuno che l'ordinamento penale la tolleri, astenendosi da interventi repressivi; pena il rischio di affidare alla norma incriminatrice una funzione performatrice delle coscienze, per supplire l'incapacità della società civile di ricercare e conservare, con l'intelligenza della ragione, la memoria storica che nutre, anche dialetticamente, la relazione intersoggettiva dei gruppi umani e, dunque, l'esperienza politica.

³⁴⁶ Per questa condivisibile riflessione v. LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo*, cit., 64.

CAPITOLO III

IL “VOLTO” ITALIANO DEL “REATO DI NEGAZIONISMO”

PARTE I

L'intervento penale nel fenomeno negazionista: il “diritto penale moderno” sotto tensione

SOMMARIO: 1. Il *mainstream* penalistico – 2. Un primo asse di tensione: il principio di offensività – 2.1. Quale offesa e di quale bene giuridico? Tra ordine pubblico, memoria, verità e dignità – 2.2. Il rapporto con il principio di legalità nel suo corollario di sufficiente determinatezza della fattispecie – 3. Un secondo asse di tensione: “assoluto” e “relativo” nella libertà di manifestazione del pensiero – 4. Un terzo asse di tensione: la funzione della pena e i principi di proporzionalità ed *extrema ratio*

1. Il *mainstream* penalistico

Quando si va a scandagliare la posizione dei penalisti italiani sull'eventualità di introdurre nel nostro ordinamento un divieto di negare, presidiato dalla sanzione penale, l'opinione prevalente si mostra ostile e scandisce una serie di argomenti che ricava dai principi fondamentali dell'ordinamento, a cominciare dalla necessità di salvaguardare la libertà di parola e la neutralità/laicità dello Stato, per giungere a canoni più propriamente penalistici, come il principio di offensività e di *extrama ratio* (v., *infra*, par. 2, Cap. I), che si vedrebbero sacrificati da un'incriminazione di tal fatta³⁴⁷. La contrarietà si erge su ragioni nobili, di coerenza con il volto costituzionale del diritto penale di uno Stato liberale, portato di una tradizione "classica" di fedeltà ai principi, temprata dalla dura lezione della repressione del dissenso nella fase pre-costituzionale, e dal quale – lo si dice a scanso di equivoci – chi scrive non intende certo affrancarsi.

La premessa è rassicurante: tutti sono d'accordo nella presa di distanza dalle farneticazioni negazioniste. Ma siffatte imposture, per quanto odiose, urticanti, risibili, restano, al fondo, idee. Manifestate, scritte, divulgate, "ma pur sempre e soltanto idee che, in quanto tali, devono poter confidare nella garanzia della libera espressione"³⁴⁸.

E' stato, addirittura, raccolto un inventario delle obiezioni penalistiche mosse al reato di negazionismo: « a) le norme che incriminano il negazionismo si presentano dubbie sotto il profilo della materialità e si rivelano carenti sul piano dell'offensività, apparendo incompatibili con il diritto di uno Stato democratico; b) la tutela penale è collocata in un momento talmente arretrato rispetto al pericolo che è difficile ipotizzare la

³⁴⁷ Per l'analisi comparatistica sulle posizioni della principale dottrina penalistica italiana v. CAPUTO M., *La "menzogna di Auschwitz, le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M., *"Verità" del processo e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, Jovene, 2014.

³⁴⁸ BIFULCO D., *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Aushwitz"*, Milano, 2012, 10.

realizzazione di un evento lesivo ma posto che il diritto penale non può curarsi delle ideologie se esse non si traducono in un inizio di attività esecutiva del tentativo di una lesione dei beni, occorre che i delitti di negazionismo siano strutturati almeno in chiave di pericolo concreto; c) con l'individuare l'ordine pubblico o la pace pubblica come beni offesi non solo si surroga l'assenza di un immediato referente di lesività, ma si utilizzano concetti non neutri, prodotto di valori ideologici; è difficile distinguere tra fatto e opinione, accertare la verità oggettiva, storica rispetto a quella legale; e) la lesione dell'onore è difficile da determinare nei confronti di una collettività dai confini indeterminati; f) quella antinegazionista è una tipica legislazione simbolica, strutturata in chiave amico/nemico, che persegue le persone e non i fatti, così aprendosi a un diritto penale soggettivo privo dell'elemento dell'offesa e allontanandosi dai principi di obbiettivizzazione, sussidiarietà, offensività, tipicità e materialità; g) si tratta di puri reati di opinione, di reati di pura condotta senza pericolo di evento ».

Autorevoli *non licet*, comprovati da una recente e documentata monografia³⁴⁹, sembrano voler relegare la questione del negazionismo esclusivamente nel dominio della storiografia e della dialettica pubblica, senza chiamare a raccolta il diritto penale, ravvisando in un suo eventuale coinvolgimento “l'irruzione del più sgraziato degli elefanti in una cristalleria”.

Perentorie le affermazioni di Massimo Donini, che paventa limiti insuperabili alla libertà di ricerca storica³⁵⁰. *Tranchant* anche Stefano

³⁴⁹ Cfr. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012.

³⁵⁰ Cfr. DONINI M., *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'“offense” di Joel Feinberg*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori, diritto penale*, Milano, 2010, 92: “La negazione, o la minimizzazione, dell'Olocausto (o di fatti di genocidio) non si sottrae a un'alternativa: o si tratta di un'istigazione al delitto, oppure non può rilevare come mera idea soggettiva, anche se propalata. Insomma, il negazionismo non esiste, non deve esistere come reato: o c'è istigazione, o critica storica. *Tertium non datur*”.

Canestrari³⁵¹. Sulla stessa lunghezza d'onda Mario Romano³⁵². Anche per lui un'unica concessione: la punibilità delle espressioni negazioniste potrebbe al più comprendersi ove le modalità della condotta e/o il contesto in cui è tenuta si rivelino concretamente idonee a determinare un pericolo per la pace pubblica. Più aperta e articolata la posizione di Domenico Pulitanò che, valorizzando alcune illuminanti considerazioni di Costantino Visconti, sposta il piano dell'analisi dal merito all'opportunità³⁵³. È proprio

³⁵¹ CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in DOLCINI E., PALIERO C. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 149 ss: "Il diritto penale non può essere deputato a tutelare una verità storica: vale a dire, una concezione autenticamente laica deve ammettere la possibilità che venga proposta qualsiasi interpretazione dei fenomeni storici, anche la più aberrante ... La sovrapposizione tra diritto e verità storica trae con sé una patente contaminazione tra etica e diritto: pure se si tratta di "interpretazione, condivisa, definita e definitiva", in quanto la verità storica non può costituire bene giuridico. Una moderna società laica deve essere in grado di trattare i propri mostri ideologici – anche i più deformi e ributtanti! – con gli strumenti "dialogici" che le sono propri: quelli cioè del confronto aperto, della pubblicità della discussione, della garanzia della possibilità di replica dell'espansione della cultura, dell'educazione e dell'informazione completa e non quelli repressivi dell'intervento penale".

³⁵² ROMANO M., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in CANESTRARI S., STORTONI L., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, 219: "Radicalmente da escludere, per certo, è la legittimità di norme che ostacolano le forme anche più arbitrarie di ricostruzioni storiche di vicende o episodi del passato recente o remoto. Anche la più aberrante delle teorie, la meno sostenibile delle tesi, deve potersi giovare della massima libertà di ricerca che un ordinamento democratico deve sempre garantire a ciascuno e a tutti. Una volta esposta, più o meno adeguatamente motivata, potrà essere confutata, se ne varrà la pena, unicamente dalla successiva più persuasiva dialettica di altre ricerche. ... La negazione di una verità, insomma, sia pure la verità di fatti storicamente certi, può essere di volta in volta manifestazione di rozza ignoranza, di scandaloso calcolo politico o di mera bizzarria: se in mala fede, è certo moralmente riprovevole, ma non un reato".

³⁵³ PULITANO D., *Cura della verità e diritto penale*, in FORTI G., VERRASO G., CAPUTO M. (a cura di), *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, 22 ss: "Opporsi al negazionismo è esigenza condivisa da tutti coloro che discutono del problema, fautori o critici d'una soluzione penalistica. Non si tratta di tutelare una generica memoria storica. Sono in gioco interessi che hanno a che fare con l'universo etico-politico che il negazionismo colpisce, e con la dignità di popoli che sono stati vittime di genocidio. Interessi la cui vitale importanza può essere misurata, se solo ci domandiamo che ne sarebbe del nostro mondo morale e politico, se i negazionisti riuscissero a far breccia. È per questo che il problema è serio: la posta in gioco è altissima. Altro che inesistenza di un bene giuridico! ... Fattispecie saggiamente selettive e doverosamente tassative potrebbero ritenersi non illegittime, in chiave di difesa della dignità delle vittime e del patto etico che regge le società democratiche del nostro mondo. È una strada opportuna, oltre che legittima? ... Su una eventuale incriminazione del negazionismo, oggi in Italia, la mia personale opinione resta contraria per ragioni che non presuppongono affatto un riconoscimento di legittimità (di diritto costituzionalmente garantito) alla consapevole falsificazione della storia, ma che hanno a che fare con i limiti razionali del diritto penale, oltre che con l'esigenza di assicurare condizioni di piena libertà di ricerca storica. Può il pericolo rappresentato dal negazionismo essere efficacemente fronteggiato con la repressione penale? ... Questa posizione critica, rispetto al problema dell'incriminazione del negazionismo, adduce ragioni (per definizione opinabili) di opportunità, e non di legittimità. Sottende una valutazione del negazionismo come infamia intellettuale e morale, e non esclude la legittimità di fattispecie

scorrendo le parole di quest'ultimo autore che si coglie come la questione della punibilità del negazionismo sia lontana dal potersi dire archiviata.

Vi è più di un motivo, e in ciò sta la notevole problematicità, che consiglia, anche al penalista, di rimettere in gioco i termini della discussione, per verificare se e fino a che punto sia intollerabile il sacrificio della libertà di espressione che deriverebbe dall'incriminazione di proposizione che negano l'accadimento della *Shoah*.

Non manca, infatti, anche chi, a proposito dell'accusa del ricorso alla regola penale come strumento di massima intensità simbolica, ritiene che “la condivisibile preoccupazione per un uso disinvoltamente paternalistico e promozionale del diritto penale non deve travolgere quelle informazioni contenute nella norma incriminatrice che attengono alla salienza dell'interesse protetto e sono destinate a stimolare diffusa adesione intorno alle profonde ragioni di tutela che intessono la costruzione del precetto e ai costi/conseguenze della sua aggressione”³⁵⁴. Fino al punto di sostenere “che una norma penalizzi il discorso negazionista, coagulando l'attenzione dei consociati sui valori offesi da siffatto discorso, non parrebbe risultato da derubricare soltanto perché “simbolico” e quindi, a stare all'etimologia del termine, unitivo”.

2. Un primo asse di tensione: il principio di offensività

Premesso, quindi, che il panorama dottrinario in merito appare particolarmente variopinto, occorre adesso affrontare alcune questioni che risultano utili a chiarire le ragioni in forza delle quali sarebbe o meno razionale attribuire rilevanza penale al negazionismo. Nella discussione

fortemente selettive, forse limitate alla menzogna di Auschwitz in senso stretto: alla negazione oltraggiosa dell'Olocausto, non invece di altri crimini di massa la cui natura di genocidio sia controversa. Ma sarebbe un segno di preoccupante debolezza della situazione spirituale della nostra società, se per contrastare e sconfiggere il negazionismo nelle sue forme più hard avesse bisogno di porre mano a strumenti penali, rivelandosi insufficiente l'esercizio delle libertà e della ragione”.

³⁵⁴ Cfr. CAPUTO M., *op. cit.*, 28.

introno alla punibilità del negazionismo sono tre in particolare i nodi gordiani da sciogliere; gli stessi che abbiamo delineato in generale per la categoria dei “reati di opinione” in cui a buon diritto si può far entrare il “reato di negazionismo”.

Il primo concerne il principio di offensività: quali beni giuridici concreti e precisi, la cui offesa sia empiricamente verificabile, sono lesi o messi in pericolo, in maniera altrettanto precisa e afferrabile da asserzioni negazioniste?

Il secondo nodo da sciogliere riguarda il bilanciamento tra l’offesa precisa ed afferrabile di un bene giuridico – qualora si riesca ad individuarla – ed altri diritti fondamentali costituzionalmente sanciti, in *primis* la libertà di manifestazione di pensiero.

Ed un tale bilanciamento – e si passa così alla terza questione – appare un po’ particolare, perché quando si sostiene che debba rendersi punibile il negazionismo non si sta invocando l’impiego di uno strumento qualsiasi, ma proprio del diritto penale e della relativa sanzione: cioè di uno strumento che, poiché dà luogo all’intervento più invasivo sui diritti fondamentali della persona di cui ogni ordinamento disponga, dovrebbe costituire l’*extrema ratio*.

Partiamo dalla prima questione. La risposta sul se punire la negazione di un accadimento storico presuppone, a monte, infatti, lo scioglimento del quesito sul perché o per cosa punire. L’individuazione del bene giuridico da porre al centro di un’ipotetica tutela penale contro le aggressioni del dire negazionista diventa una questione di capitale importanza³⁵⁵.

³⁵⁵ In questo senso CAPUTO M., *op. cit.*, 32.

2.1. Quale offesa e di quale bene giuridico? Tra ordine pubblico, memoria, verità e dignità

Quale bene giuridico, preciso e tangibile, meritevole e bisognoso di tutela penale, e quale offesa – altrettanto precisa, tangibile e bisognosa di pena³⁵⁶ – di quel bene giuridico vengono in questione con la punizione del negazionismo?

Finora la scelta più frequente nelle legislazioni è stata quella di ancorare l'incriminazione all'offesa di un ordine pubblico i cui confini oscillano tra il territorio nazionale e lo spazio europeo.

Con il suo carico di contraddizioni sociali ed economiche, l'Europa di oggi fatica a ricordare il fondamentale “mai più” sul quale ha edificato la casa comune delle moderne democrazie costituzionali. Il discorso negazionista rappresenta un'aggressione alle fondamenta etico-giuridiche da cui ha preso il largo la ricostruzione nel dopoguerra. Negare, abolire, annientare il deposito mnestico della Shoah significa rimuovere ciò che è stato e fornire un piano inclinato perché riaccada: la necessità è di mantenere vivo il ricordo di un male, che banale nella sua genesi, si è rivelato radicale nelle conseguenze, al punto da mettere a repentaglio, oltre all'idea di Europa, la sopravvivenza di un suo gruppo rappresentativo³⁵⁷.

Ne discende che l'orrore e il ripudio del nazismo, dell'antisemitismo e della Shoah costituiscono uno dei pilastri fondanti dell'ordine pubblico ideale della comunità internazionale e dei vari Paesi socialdemocratici usciti dall'immane tragedia della seconda guerra mondiale: l'Olocausto è diventato quasi la matrice memoriale, la metafora del XX secolo³⁵⁸.

Seguendo questa linea di pensiero, le opinioni negazioniste andrebbero perseguite in quanto la loro falsità sia considerata parte integrante di un disegno propagandistico del quale non occorre attendere gli

³⁵⁶ Come impone l'art. 25 co.2 Cost., anche second la Corte cost., 8 giugno 1981, n 96.

³⁵⁷ V. CAPUTO M., *op. cit.*, 32.

³⁵⁸ Cfr. DI GIOVINE A., *op. cit.*, XXVII.

effetti pregiudizievoli, né stabilire il nesso di causalità con i fatti criminosi che ne possano conseguire. Il fondamento nelle norme antinegazioniste sarebbe reperibile nel presupposto che la negazione possa correlarsi, alimentandole, a più generali e diffuse condotte antidemocratiche: esse sarebbero in grado di “sovvertire il patto etico che regge la federazione europea”³⁵⁹. Da questa angolatura il fine dell’incriminazione del negazionismo sarebbe di tutelare l’ordine pubblico e mantenere la pace sociale.

Senonché, al cospetto di questa prospettiva politica, il penalista non può che sollevare alcune riserve.

Sotto un primo profilo, si ripresentano intatte tutte le difficoltà che tradizionalmente s’incontrano quando si prova a tratteggiare ed afferrare un bene giuridico sfuggente come quello dell’ordine pubblico, inteso alla stregua di un insieme di principi e interessi costituzionalmente tutelati compendiabili nel valore della democrazia³⁶⁰.

Molti suggeriscono la necessità di liberarci, oramai, di oggettività giuridiche superindividuali dal sapore autoritario: la personalità dello Stato, l’ordine pubblico ideale ed anche quello materiale³⁶¹, le idee di tranquillità e sicurezza collettiva³⁶². Si tratta di oggettività vaghe ed indeterminate, come ci ha insegnato Francesco Angioni decenni fa; di entità onnicomprensive che, come la sicurezza, abbracciano, in realtà, in maniera intollerabilmente

³⁵⁹ Sull’attacco al patto etico/constituente inferto dai negazionisti cfr. le penetranti osservazioni svolte da FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, 166 ss.

³⁶⁰ Contra PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *dir. pen. contemp.*, 15 luglio 2013, 13.

³⁶¹ Sono due le concezioni di ordine pubblico tradizionalmente proposte, l’ordine pubblico materiale e l’ordine pubblico ideale. Il primo può essere correttamente considerato nel senso di pubblica tranquillità, mentre l’ordine pubblico ideale nel senso di complesso di principi su cui si fonda la convivenza civile. Cfr. MOCCIA S., *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Roma, 1990, 1 ss, secondo cui la definizione più felice di ordine pubblico è quella di Karl Binding: “*Rumpelkammer von Begriffen*”, ripostiglio di concetti. E ciò vale anche per quel che concerne la sistematica del codice penale italiano; le disposizioni del titolo V del libro secondo, lungi dal far riferimento ad un’affidabile oggettività, sia pure solo categoriale, si riferiscono, dal punto di vista dei beni tutelati, a situazioni profondamente diverse.

³⁶² Tra i molti v. CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, n. 2/2016.

indifferenziata, tutti i beni individuali e collettivi protetti dall'ordinamento, ma anche interessi che non dovrebbero essere oggetto di tutela penale: ad esempio, semplici sentimenti di "disagio", magari causati dalla mera percezione di qualunque "disordine" sociopolitico o di manifestazioni di pensiero "irritanti" perché non allineate³⁶³.

Siamo di fronte a "pseudo-beni giuridici" la cui lesione, posta su un piano meramente ideale o, comunque, d'inquietante vaghezza, non è empiricamente verificabile, e, quindi, risulta giudizialmente manipolabile e non si può neppure distinguere dalla mera messa in pericolo³⁶⁴.

Relativamente ad un bene di tal genere – sia che il bene di riferimento sia costituito dall'ordine ideale, sia che lo si individui nell'ordine pubblico materiale inteso in senso oggettivo come sicurezza collettiva, sia che s'intenda l'ordine materiale in senso soggettivo, come sentimento collettivo di assenza di minacce – va posta in evidenza la difficoltà di costruire in maniera precisa ed empiricamente verificabile un giudizio di pericolosità. Questa *probatio diabolica* dipende, da un lato, proprio dall'inafferrabilità del bene giuridico di riferimento, se identificato in un'entità vaga ed imprecisa; dall'altro, dall'estrema difficoltà e manipolabilità della verifica del requisito dell'idoneità lesiva, allorché quest'ultima è riferita a mere manifestazioni di pensiero e si specifica nella capacità, posseduta da una manifestazione di pensiero, di determinare causalmente processi psichici altrui.

Da qui deriva la seconda riserva che il penalista non può non sollevare. Infatti, l'esigenza di conferire maggiore offensività alla condotta punibile, fa agganciare la minaccia di pena alla capacità della posizione negazionista di alimentare o incentivare atti di violenza, di rottura della pace sociale, che troverebbero nel razzismo, nell'antisemitismo e nella xenofobia il loro referente ideale ultimo, coltivato mediatamente dalle

³⁶³ V. ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, 1983, 144.

³⁶⁴ In questo senso CAVALIERS A., *op. cit.*, 1001.

argomentazioni negazioniste. In altre parole, la punibilità del discorso contro fattuale è fatta dipendere dalla probabilità che “dalle parole si passi ai fatti”, e quindi dall’idoneità di una siffatta vulgata a incidere sulle menti e sui cuori dei destinatari, influenzandone la condotta violenta secondo gli stilemi propri di una causalità psichica da riversare nella scocca dei reati di pericolo³⁶⁵. Il modello d’incriminazione prevede, infatti, un forte arretramento della tutela che, scommettendo, in sostanza, sulla punibilità di forme anticipate d’istigazione all’odio razziale, ripropone il dibattito sulla legittimità dei reati di pericolo.

Sul punto, sia una configurazione in termini di pericolo astratto, sia una configurazione in termini di pericolo concreto non convincono del tutto³⁶⁶.

Qualora, infatti, si sposi la dibattuta logica del pericolo astratto, e quindi si reprima una condotta che può non istigare direttamente all’odio, e che prescinde dall’idoneità del discorso a conseguire un evento di pericolo, la struttura della norma finisce per riposare su una presunzione assoluta di pericolo – è la scelta della punibilità del negazionismo c.d. semplice – e il nucleo dell’offesa consiste nella repressione della disobbedienza come tale, del mero dissenso, della violazione di un tabù³⁶⁷. Una scelta che fa entrare in fibrillazione i postulati del diritto penale liberale, torcendo la proporzione tra pena minacciata e condotta incriminata senza che quest’ultima sia sorretta da verifiche empiriche in grado di dimostrare l’insorgenza di un pericolo statisticamente rilevante per il bene protetto³⁶⁸. In pratica, l’idoneità offensiva della condotta rischia di non essere dimostrabile, ma di

³⁶⁵ V. CAPUTO M., *op. cit.*, 33.

³⁶⁶ Per un meditato ripensamento della legittimità e dell’utilità della categoria dei reati di pericolo cfr. D’ALESSANDRO F., *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012.

³⁶⁷ V. CAPUTO M., *op. cit.*, 33.

³⁶⁸ Cfr. MERLI A., *Relazione introduttiva, in Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino*, 1/2013, 18 ss.

essere presunta, a dispetto di qualunque rassicurazione intorno alla scrupolosità di un “pericolo concreto”³⁶⁹.

Va detto che, comunque, anche la strada del pericolo concreto, della punibilità del negazionismo qualificato dal pericolo per la pace pubblica, percorsa dalla direttiva e dalla recente riforma dei reati di opinione, non si rivela meno problematica. Ancorare la pena alla prova della determinazione dell'altrui volontà, reclamando evidenze che i contenuti del pensiero negazionista abbiano assunto forme tali da istigare al delitto, significa condannare la fattispecie a un uso meramente retrospettivo, trasformando il reato di pericolo in reato di danno³⁷⁰. La prova della causalità psichica, di per sé mai agevole, diventa ancora più ostica se rapportata alla concretizzazione del pericolo, perché lo scivolamento verso logiche del “senno di poi” è fatale. Come si fa ad accertare che il discorso di uno “storico” negazionista ha in concreto esaltato le *chance* di offesa dell'ordine pubblico? L'operazione di raccordare il pensiero negazionista all'effettiva messa a repentaglio di un bene giuridico così impalpabile come l'ordine pubblico porta a una resa veloce, di fronte all'impossibilità di dimostrare tanto l'immediatezza del pericolo di azioni violente, quanto l'elemento soggettivo, e cioè che il negazionista puntasse a riscaldare gli animi, avendo di mira la sovversione della pace sociale nazionale o europeo-unitaria.

Insomma, un'anticipazione della tutela penale, se il bene protetto è identificato nell'ordine pubblico, inaccettabile: quella negazione è così distante dall'offesa che una sua punibilità non si concilia in alcun modo con il principio costituzionale di necessaria offensività, a meno che esso non sia ridotto ad una mere effigie, cui rendere un ipocrita inchino, prima di voltarle decisamente le spalle³⁷¹.

Tornando alla questione relativa all'individuazione del bene giuridico offeso da condotte negazioniste, una volta scartate le oggettività

³⁶⁹ V. CAVALIERE A., *op. cit.*, 1003.

³⁷⁰ V. CAPUTO M., *op. cit.*, 34.

³⁷¹ Cfr. CAVALIERE A., *op. cit.*, 1004.

superindividuali “classiche” viene in considerazione la diffusa prospettazione della verità o della memoria quali asseriti beni giuridici. Ma l’assunzione della verità quale bene giuridico comporta problemi enormi.

Su un piano generale, l’idea secondo cui il diritto penale dovrebbe tutelare il bene della “verità” contrasta con il fondamento contrattualistico del diritto penale moderno e con il connesso requisito della dannosità sociale ai fini della punibilità di una condotta: punibili dovrebbero essere soltanto quelle condotte che offendono uno o più valori quali la “verità”, tutti da definire e da sottoporre a continua revisione critica anche sul piano del loro substrato empirico³⁷².

In secondo luogo andrebbe stabilito quale verità dovrebbe costituire il bene tutelato da una norma che rendesse punibile il negazionismo; la principale alternativa è quella tra verità giudiziaria e verità storica³⁷³.

Ora, per quel che concerne la verità giudiziaria, in particolare quella accertata in un processo penale, sappiamo che essa, con le sue proprie regole volte a tutelare i diritti fondamentali della persona, non coincide con la verità storica, perché l’accertamento giudiziario penale mira a decidere della responsabilità giuridica di uno o più autori per uno specifico fatto e dell’applicazione di una sanzione giuridico-penale, e non a dar luogo ad un giudizio storico, morale o politico. Dunque, l’assunzione, quale bene giuridico, della verità processuale darebbe luogo alla tutela penale di una verità che è divenuta giuridicamente vincolante ed irrevocabile, una sorta di verità “ufficiale” e “di Stato”, non coincidente con quella storica, oggetto di incessante revisione critica³⁷⁴.

³⁷² V. CAVALIERE A., *op. cit.*, 1004.

³⁷³ BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2-2016.

³⁷⁴ V. CAVALIERE A., *op. cit.*, 1006 ss. L’autore collega la questione relativa al bene giuridico al problema del modello di processo corrispondente e si domanda come dovrebbe essere strutturato un processo volto ad accertare l’offesa alla verità giudiziaria: “Si potrebbe ad esempio richiamare per dimostrare la punibilità della negazione o della minimizzazione della Shoah in quanto contrarie a verità, la sentenza penale irrevocabile conclusiva del primo processo del tribunale militare internazionale di Norimberga. Ma a, a quel punto, la difesa dell’imputato potrà addurre prove a discarico? Lo storico negazionista potrà chiedere l’ammissione, quale

L'alternativa all'assunzione della verità quale bene giuridico è la sua individuazione nella verità storica. In proposito – oltre alle riserve già esposte – va riproposto l'interrogativo circa la conformazione di un processo penale che assuma ad oggetto di prova la Shoah o un altro genocidio avvenuto magari un secolo fa, come quello degli armeni. Il rischio di trasformare il giudice del fatto di negazionismo in storico dell'Olocausto non potrebbe essere più evidente, a meno che si impieghino illegittime scorciatoie probatorie – consistenti nel considerare il genocidio quale fatto notorio, “chiaramente stabilito” – ed altrettanto illegittimi limiti al diritto dell'imputato di difendersi³⁷⁵.

In sintesi, nessuno ha il dovere di verità storica, e tanto meno nessuno può essere punito per avere violato questo dovere, se non accettando che il giudice divenga arbitro della storia. Tanto più che in tal modo si andrebbe a tutelare un oggetto mancante: non esiste alcuna versione “stabilita” della storia e nemmeno potrebbe o dovrebbe esistere, in linea con la natura di siffatta disciplina che vive di una continua rielaborazione dei risultati raggiunti³⁷⁶.

Le considerazioni fin qui svolte valgono anche per il bene giuridico della “memoria”: essa risulta essere un concetto parimenti astratto e, per di più, connotato in senso squisitamente soggettivo. Peraltro, quel concetto può essere riferito a sentimenti personali, individuali o collettivi; ma allora è in questione, in realtà, la tutela di quei sentimenti³⁷⁷. Ed allora, in generale, circa l'idoneità offensiva del negazionismo in rapporto a verità e

controprova, del suo libro e di altri documenti? Se il bene tutelato è la verità giudiziaria, no. il processo per negazionismo dovrebbe concludersi con una condanna semplicemente perché quanto affermato contrasta con la sentenza resa circa settant'anni fa dal tribunale di Norimberga.

³⁷⁵ V. CAVALIERE A., *op. cit.*, 1006.

³⁷⁶ Cfr. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit.

³⁷⁷ V. FORTI G., *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'iper comunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2/2016.

memoria, credo si debba riflettere sull'acuta considerazione di Stuart Mill³⁷⁸.

Di fronte alle secche di una discussione centrata sull'ordine pubblico e sulla verità o memoria, è auspicabile, abbandonando tecniche di tutela autoritaria, un mutamento di prospettiva che indirizzi lo sguardo verso un diverso e più pregnante profilo dell'offesa³⁷⁹.

Le espressioni dei negazionisti non pongono di per sé in discussione un assetto politico, ma rappresentano, sia pure in via mediata, e perciò ancora più insidiosa, una negazione della vicenda esistenziale di intere famiglie che hanno vissuto la tragedia della deportazione e della morte, esperienza che ha segnato in modo indelebile la personalità dei "salvati" e dei loro discendenti. In questa prospettiva l'oggettività giuridica colpita dalle libere espressioni dei negazionisti, molto prima che a sussultare sia un etereo ordine pubblico, è la dignità di chi, attraverso di esse, vede negata una personale e decisiva dimensione identitaria³⁸⁰. Dunque, dignità come bene giuridico protetto dall'incriminazione delle condotte negazioniste?

Senza dubbio la dignità è un bene costituzionalmente rilevante, ricavabile, in via principale dagli artt. 2, 3, 19, 21, 41 della Costituzione.³⁸¹ Oggi, peraltro la troviamo celebrata anche nel Preambolo della Carta di Nizza³⁸² che ha tratto evidente ispirazione dalla Costituzione tedesca³⁸³.

³⁷⁸ STUART MILL J., *Saggio sulla libertà*, trad it. della quarta edizione a cura di MOLLICA G., Milano, 2000: "anche laddove il pensiero la cui manifestazione si vorrebbe vietare contrasti con verità assolutamente certe ed inconfutabili, chi nega quelle verità rende, pur senza volerlo, un servizio alla collettività, perché consente a quest'ultima di riaffermare e, forse soprattutto, di ricordare quelle verità, la cui memoria rischierebbe, altrimenti, di perdersi; oppure di finire, a poco a poco, confinata in stanchi rituali".

³⁷⁹ V. PUGLISI G., *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *dir. pen. contemp.*, luglio 2016.

³⁸⁰ V. CAPUTO M., *op. cit.*, 35 ss.

³⁸¹ Sui rapporti tra eguaglianza e dignità nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana cfr. DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 19 ss.

³⁸² La Carta di Nizza vanta lo stesso valore giuridico dei Trattati, per effetto dell'art. 6, n. 1, del Trattato sull'unione europea, come modificato dal trattato di Lisbona. Nel suo preambolo si afferma che l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, oltre che sui principi della democrazia e dello Stato di diritto. Il Titolo I, composto da cinque articoli, è dedicato alla "Dignità" e il primo articolo della Carte sancisce l'inviolabilità della dignità umana, che deve essere rispettata e tutelata.

Nello studio del diritto penale, poi, il valore della dignità umana è stato invocato principalmente come barriera agli eccessi dell'utilizzo di misure coercitive: l'art. 27, comma 3, Cost., con il suo richiamo all'umanità dell'esecuzione penale, letto in congiunzione con l'art. 1, comma 1, della legge sull'ordinamento penitenziario, rappresenta – troppe volte solo “sulla carta” – un baluardo contro la degradazione della persona per scopi di utilità sociale. Il ragionamento sulla dignità umana obbliga il legislatore e il giudice a riflettere sulle conseguenze afflittive della penalità, ma, in realtà, tale ragionamento può utilmente essere svolto anche proiettando il medesimo valore a fondamento delle scelte di criminalizzazione. La dignità umana può cioè diventare oggetto in sé della tutela e motivare alla ricerca di addentellati materiali e spirituali, la cui sostanza, “in positivo”, possa far dire se la dignità sia stata calpestata o meno³⁸⁴. E di qui, la negazione dello sterminio nazista aggredisce la dignità umana? E quali capacità³⁸⁵ intacca, inibendo lo sviluppo di una vita che possa dirsi piena ed al riparo da situazioni di vulnerabilità evitabili con l'intervento compensatore del diritto?

Ebbene, la negazione di Auschwitz e di tutto ciò che Auschwitz significa, reca con sé, come prima e immediata forma di offesa, un attacco alla dignità di quelle persone che da Auschwitz sono state indelebilmente segnate nella loro biografia esistenziale. Sarebbe, però, oltremodo limitante ritenere che ad essere scosso dall'insulto negazionista sia un concetto di dignità declinato al singolare, e relativo alla personale e decisiva

³⁸³ Il *Grundgesetz* all'art. 1 sancisce l'intangibilità della dignità dell'uomo e il dovere di ogni potere statale di rispettarla e proteggerla e che riconosce altresì i diritti umani fondamentali e inviolabili come conseguenza della stessa dignità. La necessità di affermare ciò fin dal primo articolo sorge, come è noto, in Germania dalla volontà di recidere qualunque collegamento con il precedente regime nazista e con la sistematica violazione della dignità umana che ne aveva contrassegnato l'intera vicenda storica.

³⁸⁴ Fondamentale sul tema l'approfondimento di FORTI G., “*La nostra arte è un essere obbligati dalla verità*”. *L'apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in *Jus*, 2008, 306 ss.

³⁸⁵ Cfr. NUSSBAUM M., *Diventare persone. Donne e universalità di diritti*, tr. it. di MAFEZZONI W., Bologna, 2001, 97 ss. L'autrice identifica dieci condizioni come capacità fondamentali per il rispetto della dignità umana. Con il negazionismo, secondo CAPUTO M., *op. cit.*, 38 ne verrebbe colpita almeno una (7. Unione).

dimensione identitaria di chi – vittima, parente o amico delle vittime dello sterminio – viva un’esperienza di degradazione.

La dignità incisa ha sostanza collettiva e assorbe in una dimensione unitaria sia il sentimento di chi con l’esperienza del nazismo abbia maturato un’esperienza familiare diretta sia il senso di umanità generato dalla comprensione della sofferenza altrui, dall’empatia minacciata in ognuno di noi tutte le volte in cui, così patentemente, si neghi o si disattenda la sofferenza delle vittime, di ogni vittima³⁸⁶. Le dicerie toccano uno stato profondo e diffuso che va al di là del sentimento individuale di chi, per ragioni biografiche o parentali si senta direttamente diminuito dalla negazione. La negazione di Auschwitz percuote (anche) una sorta di dignità collettiva, l’umanità o meglio, il senso dell’umanità³⁸⁷.

Certo, vi è anche chi esprime sul punto posizioni dubitative³⁸⁸: nonostante i recenti sforzi dottrinali di attribuirle un significato maggiormente preciso non sfuggirebbe neanche alla dignità umana una certa indeterminatezza e ciò implicherebbe una sensibile retrocessione rispetto ai principi di offensività e materialità oltre che un distacco dai presupposti oggettivi del diritto penale³⁸⁹.

Non mancano, poi, posizioni di critica della recente e generale tendenza a rinvenire nella dignità umana, o meglio, nella duttilità del suo impiego, un fondamento delle scelte di incriminazione, smascherando le insidie che talvolta si celano dietro quello che sarebbe un autentico *passerpartout* argomentativo³⁹⁰. A chi, però, trovasse eccessiva la distanza tra il bene personale della dignità dei sopravvissuti e dei loro parenti, da una parte, e il bene collettivo del senso di umanità, dall’altra, va chiarito come

³⁸⁶ Per l’identificazione nella dignità del bene protetto dal “reato di negazionismo” v. CAPUTO M., *op. cit.*, 39 ss; PUGLISI G., *op. cit.*, 18.

³⁸⁷ STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, 27 ss, ci ricorda che sono le atrocità più grandi, le abiezioni disumane a illuminare quanto di profondamente umano esiste e resiste tra gli uomini.

³⁸⁸ V. CAVALIERE A., *op. cit.*, 1007.

³⁸⁹ In questo senso v. FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 135 ss.

³⁹⁰ Cfr. FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 558 ss.

sia possibile rinvenire un punto di equilibrio tra le due istanze, da posizionare entro una configurazione plurioffensiva del reato, in grado di accogliere una ricostruzione del senso di umanità conforme ai canoni di un orientamento personalistico³⁹¹ dei beni superindividuali. Bisognerebbe rileggere il senso di umanità agganciandolo a relazioni interpersonali più facilmente accessibili perché filtrate dalla “luce” della dignità umana.

Ravvisata la legittimazione dell’incriminazione del discorso negazionista – con le avvertenze e i dubbi prospettati – nell’offesa alla dignità di una o più persone, certamente non sono risolte tutte le problematiche legate alla punibilità del negazionismo; tuttavia, conformemente alle funzioni ideologica (o critica) e dommatica del concetto di bene giuridico, le considerazioni fin qui svolte, mettono in luce la problematica legittimazione di una fattispecie penale legata al negazionismo³⁹².

Non va dimenticato, infatti, che, nonostante le recenti visioni “nichilistiche” prospettino un abbandono del concetto stesso di bene giuridico, l’offesa al bene giuridico è un requisito irrinunciabile della legittimazione di norme penali e costituisce uno strumento fondamentale, in uno Stato di diritto, per selezionare le condotte punibili.

2.2. Il rapporto con il principio di legalità penale nel suo corollario di sufficiente determinatezza della fattispecie

Ora, come detto, i beni giuridici alla cui tutela sarebbe preposta la fattispecie di negazionismo – comunque vengano intesi – rinviano a realtà socio-normative poco afferrabili, mostrando un carattere astratto e proteiforme, che implica una sensibile retrocessione rispetto ai principi di

³⁹¹ I dettami della concezione personalistica del bene giuridico, che oggi sembra forse conoscere qualche rinnovata vitalità, postulano che, “anche se in forma remota o addirittura simbolica, occorre che il contenuto offensivo del reato sia modellato – almeno di regola – su una relazione interpersonale di rilevanza sociale”, come corollario della natura personale della sanzione criminale. Cfr. PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, 463.

³⁹² In questo senso CAVALIERS A., *op. cit.*, 1008.

offensività e materialità ed un distacco dai presupposti oggettivi del diritto penale³⁹³.

Tali nozioni dal contenuto fortemente indeterminato non sembrerebbero capaci di selezionare comportamenti effettivamente offensivi, né di assolvere alla funzione di limite alle virtualità espansive della fattispecie di negazionismo cui dovrebbero, invece, positivamente rispondere: la fisionomia vaga del bene rischia infatti di delineare un nesso tra fatto e bene poco stringente, compromettendo tanto la funzione politico-criminale del bene giuridico di delimitazione garantista del fatto, quanto quella di incorporazione nel fatto di entità realmente offendibili³⁹⁴.

Tra i motivi che portano a guardare con la massima cautela alle proposte d'incriminazione del negazionismo emerge, infatti, il rischio di contrasto tra il precetto penale e il corollario del principio di legalità che esige una precisione descrittiva e una pregnanza del fatto punito (art. 25, co. 2, Cost.). Si osservi, incidentalmente, come il principio di precisione descrittiva e di pregnanza del fatto, quale parte irrinunciabile del *nulum crimen sine lege*, risponda all'“esigenza sostanziale che la responsabilità penale sia vincolata alla realizzazione di un fatto normativamente individuato e descritto nei suoi carattere fondamentali, in guisa che dalla descrizione traspaia in maniera evidente e precisa la ragione effettiva del suo disvalore sociale”³⁹⁵. È lecito dubitare che tale requisito possa essere rispettato da una norma specifica di incriminazione del negazionismo, stante la difficoltà oggettiva di individuare la condotta tipica offensiva del bene protetto e di descriverla con sufficiente chiarezza³⁹⁶.

³⁹³ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 134.

³⁹⁴ MARINUCCI G., DOLCINI E., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Studi in onore di Renato dell'Andro*, Milano, 204-205.

³⁹⁵ RONCO M., CARUSO G., *Il principio di legalità*, in RONCO M., *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, terza edizione, Bologna, 2016, 100.

³⁹⁶ In questo senso LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo*, Cedam, 2015, 84.

3. Un secondo asse di tensione: “assoluto” e “relativo” nella libertà di manifestazione del pensiero

Tensioni, paradossi e aporie connotano il reato di negazionismo. Un secondo elemento di tensione – e probabilmente quello principale – è quello, tipico della più ampia categoria dei reati di opinione, tra intervento penale e libertà di espressione.

La questione concerne cioè il bilanciamento tra l’offesa ad un bene giuridico rinvenibile nel discorso negazionista che potrebbe ravvisarsi – con le avvertenze e i dubbi prospettati – nell’offesa alla dignità di una o più persone, e la tutela di libertà fondamentali, costituzionalmente riconosciute come quella dell’art. 21 Cost.

Quest’ultima è la quintessenza di uno stato non solo liberale, ma personalistico, democratico, laico, pluralista e fondato sull’eguaglianza senza discriminazioni secondo le opinioni politiche. Va precisato che la libertà di manifestazione del pensiero è tutelata, nel nostro ordinamento costituzionale – ma, sicuramente, in ogni ordinamento costituzionale democratico e liberale fondato sul primato dei diritti fondamentali della persona – in quanto tale, e non soltanto in quanto “utile alla collettività”³⁹⁷.

Invece, la Corte costituzionale tedesca, nel difendere il reato di negazionismo, ha affermato che vi sono pensieri “inutili”, se non nocivi alla collettività, che, in quanto basati su asserzioni fattuali false, non servono a costruire un’opinione pubblica corretta, e quindi si possono punire: essi non rientrerebbero nell’ambito di tutela della libertà di opinione garantita dall’art. 5 Cost. tedesca. Il punto è che in Germania si è liberi soltanto di manifestare opinioni corrette, fondate sulla verità; non si è, quindi, liberi di manifestare opinioni fondate su dati falsi: non si possono dire eresie; non si

³⁹⁷ In ordinamenti siffatti non potrebbe avere alcuna cittadina il principio, teorizzato sotto i regimi fascista e nazista, secondo cui lo Stato prevale sulla persona e l’utile della comunità sull’utile individuale (“*Gemeinnutz geht vor Eigennutz*”).

può, perché questo non è “utile alla collettività”; e che cosa sia eresia, ed eresia “nociva”, lo stabilisce sempre la collettività.

Diversamente da quella tedesca, la Costituzione italiana non limita la tutela della libertà alle “opinioni”, ma a qualunque “manifestazione di pensiero”, quindi anche a quelle asserzioni fattuali che secondo la stragrande maggioranza delle persone, o magari secondo tutti gli altri, sono false³⁹⁸. In effetti, nel momento in cui si nega la libertà di manifestare un pensiero antidemocratico, intollerante, ossia di dire eresie anticostituzionali, si nega la stessa libertà di manifestazione del pensiero; libertà che certamente non vi sarebbe bisogno di sancire solennemente all’art. 21, se si trattasse di difendere pensieri conformi a Costituzione³⁹⁹!

L’essenza della libertà di espressione sembra consistere proprio nel suo carattere eversivo, in quanto capace di modificare e mettere in discussione decodificazioni consacrate e dominanti di eventi storici significativi⁴⁰⁰. Le istituzioni democratiche vanno protette dalle aggressioni, e non dalle mere manifestazioni di pensiero: una “democrazia protetta” è una democrazia illiberale, che rinnega se stessa. Da questo punto di vista l’art. 21 Cost. rappresenta un “contro-limite”, che andrebbe attivato, in rapporto alle tendenze punitive dell’UE⁴⁰¹.

La nostra Costituzione, inoltre, prevede espressamente limiti alle libertà civili stabilite nella sua prima parte; ma li specifica, di volta in volta, operando puntuali bilanciamenti. Ebbene, l’unico limite esplicitamente previsto alla libertà di manifestare il pensiero è quello del buon costume.

³⁹⁸ La libertà di manifestare il pensiero deve valere anche, anzi soprattutto, per il pensiero non condivisibile, unanimemente ritenuto “sbagliato”, sia sul piano fattuale che su quello dei valori. Si tratta di un punto centrale: quello del c.d. “paradosso della tolleranza”. Possiamo essere tolleranti con i tolleranti, ma intolleranti con gli intolleranti? Si può punire chi esprime opinioni intolleranti, incostituzionali, negando settorialmente la libertà di manifestazione del pensiero?

³⁹⁹ Per una riflessione di questo tipo v. CAVALIERS A., *op. cit.*, 1012.

⁴⁰⁰ La tematica, molto delicata ed ampia, ma essenziale e dunque meritevole di essere menzionata è quella della “libertà di espressione come libertà di pericolo”: v. FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 144.

⁴⁰¹ In questo senso sempre CAVALIERS A., *op. cit.*, 1012.

Ciò non significa che altri limiti non siano ricavabili da un'interpretazione sistematica⁴⁰²; non si tratta di sostenere una concezione “assolutistica” della libertà di manifestazione pensiero. Ma limiti a questa pietra angolare del nostro sistema democratico devono essere valutati con molta cautela; può essere considerata come “diritto relativo” ma gli interessi in grado di limitarla devono essere ben analizzati all'esito di un attento giudizio di bilanciamento⁴⁰³. Di certo non possono derivare dalla tutela dell'ordine pubblico, delle istituzioni, di tabù, oppure di beni individuali, ma vaghi ed impalpabili⁴⁰⁴.

Il rischio di penalizzare il mero pensiero non sembra essere scongiurato nemmeno dalla previsione di quei correttivi che cercano di riempire tale fattispecie in termini di offensività. Questi erano già previsti, singolarmente o congiuntamente, da taluni ordinamenti interni: tuttavia, la punibilità era, solitamente, limitata a discorsi riguardanti i crimini del regime nazista. Ora che il panorama si sta diversificando, e vista l'espansione dell'oggetto su cui possono incidere le espressioni punibili (tutti i crimini internazionali), i dubbi sulla effettiva capacità di tenuta delle clausole correttive di offensività appaiono senz'altro maggiori⁴⁰⁵.

4. Un terzo asse di tensione: la funzione della pena e i principi di proporzionalità ed *extrema ratio*

Se si considera superato il giudizio di meritevolezza di pena – le affermazioni dei negazionisti offendono la dignità delle vittime dello sterminio e aggrediscono il senso di umanità, già violato dal nazismo e ciò

⁴⁰² Questi sono detti limiti logici o impliciti alla libertà di pensiero e, come ha notato la giurisprudenza costituzionale, devono essere previsti per legge e basarsi su un interesse costituzionalmente protetto. Cfr. FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 113.

⁴⁰³ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 130 ss.

⁴⁰⁴ V. CAVALIERE A., *op. cit.*, 1011.

⁴⁰⁵ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit. 142.

permetterebbe di limitare la libertà di espressione – bisogna cimentarsi con lo scoglio del *test* sul bisogno di pena.

Quando si sostiene che debba rendersi punibile il negazionismo non si sta invocando l'impiego di uno strumento qualsiasi, ma proprio del diritto penale e della relativa sanzione: cioè di uno strumento che poiché dà luogo all'intervento più invasivo sui diritti fondamentali della persona di cui un ordinamento disponga, dovrebbe costituire l'*extrema ratio*.

In altri termini, dovrebbe dimostrarsi che un intervento penale nei confronti del negazionismo sia proporzionato, strettamente necessario ed utile, tenendo conto della funzione che la nostra Costituzione assegna alla pena: ci si deve, dunque, chiedere quale funzione possa svolgere la pena in rapporto alla condotta di chi affermi di pensarla, su fatti storicamente avvenuti, diversamente dalla stragrande maggioranza delle persone, o dica addirittura intenzionalmente gravissime menzogne⁴⁰⁶.

La sanzione penale, in quanto lesiva non semplicemente della libertà di manifestare il pensiero o di ricerca storica, ma di libertà personale e dignità, dovrebbe costituire l'*extrema ratio*, da impiegare: 1) in modo proporzionato all'offesa, 2) solo se un intervento punitivo è utile dal punto di vista delle funzioni costituzionalmente legittime della pena; 3) solo se altri strumenti, meno invasivi, non sono sufficienti e dunque l'intervento penale è indispensabile⁴⁰⁷.

Ebbene, sul piano della proporzione⁴⁰⁸ e, quindi, del bilanciamento tra fatto e sanzione, appare problematica l'inflizione di una pena e, in

⁴⁰⁶ La questione è affrontata da CAVALIERE A., *op. cit.*, 1013.

⁴⁰⁷ Per un'analisi sulle funzioni della pena nel diritto penale moderno v., fra gli altri, FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Utet Giuridica, 2016, 61 ss.

⁴⁰⁸ L'importanza della proporzionalità nella valutazione politico-criminale del legislatore di disvalore sul fatto incriminato con la determinazione del *quantum* sanzionatorio è assoluta nel diritto penale moderno costituzionalmente orientato. Autori come TOSCANO A., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Giuffrè Editore, 2012, ne sottolineano la stretta connessione con il finalismo rieducativo di cui all'art. 27, 3 comma, Cost.: una pena per tendere alla rieducazione del condannato deve essere anche ineluttabilmente proporzionata alla gravità del fatto commesso. È un principio che oggi trova albergo anche a livello normativo superiore, basti pensare all'art. 49 della Carta di Nizza che enuncia la necessaria proporzionalità delle pene irrogate rispetto alla gravità dei fatti commessi. Recentemente anche la nostra Corte Costituzionale

particolare, di una pena detentiva, per una mera manifestazione di pensiero, si tratti di un'opinione o della negazione di fatti storici⁴⁰⁹. In altri ordinamenti, al riguardo, è considerata sufficiente la sanzione civile.

Ma anche qualora si ritenesse proporzionato reagire ad una manifestazione di pensiero con una pena detentiva, l'intervento penale dovrebbe risultare legittimo sul piano della funzione della pena. Nel nostro ordinamento, la sanzione penale deve risultare, fin dalla comminatoria edittale, funzionale al reinserimento sociale del reo e ad obiettivi – implicitamente ricavabili da un'interpretazione sistematica della Costituzione – di prevenzione generale positiva, intesa come orientamento dei consociati connesso all'effettiva, e non meramente illusoria, tutela di beni giuridici.

Già a prima vista appare problematica la legittimazione della punibilità del negazionismo sul piano della compatibilità con il finalismo rieducativo, che talora è semplicemente ignorato nella discussione in argomento⁴¹⁰. Pare che non solo la libertà di manifestazione del pensiero, ma anche il principio di cui all'art. 27 comma 3 Cost. vada riconosciuto solo nei confronti di alcuni autori, ma non dei “nemici”, in quanto “non persone” secondo il contestato paradigma del “diritto penale del nemico”⁴¹¹. Eppure, la ragione giuridica dello Stato di diritto non conosce nemici ed

ne ha affermato la fondamentale importanza per la tenuta del nostro sistema penale costituzionalmente orientato; v. Corte Cost., 10 novembre 2016, n. 236, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, secondo comma, cod. pen., nella parte in cui “punisce il delitto ivi descritto con la pena della reclusione da cinque a quindici anni, anziché con la pena della reclusione da tre a dieci anni”. Il ragionamento della Corte si basa proprio sul giudizio di proporzionalità sia interno (sproporzione tra pena e fatto descritto) sia esterno mediante *tertium comparationis* attraverso valutazioni di carattere comparativo con altre fattispecie analoghe o più gravi.

⁴⁰⁹ In questo senso CAVALIERS A., *op. cit.*, 1013.

⁴¹⁰ Per una riflessione di questo tipo v. FORTI G., *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'iper comunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2016, 1034 ss, per cui “ogni criminalizzazione del dissenso sembrerebbe attirare uno scontato rigetto”.

⁴¹¹ La tesi di una differenziazione del diritto penale, attraverso l'istituzione di un “diritto penale del nemico”, accanto al “diritto penale del cittadino”, è stata avanzata da JAKOBS G., *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, 19-56.

amici, ma solo colpevoli e innocenti; dunque, una contraddizione in termini, che rappresenta, di fatto, la negazione del diritto penale, la dissoluzione del suo ruolo e della sua intima essenza⁴¹².

Il finalismo rieducativo, in collegamento con il principio di personalità della responsabilità penale e con la stessa dignità umana, vieta di punire il singolo facendone un mero strumento per finalità di prevenzione generale⁴¹³.

L'inflizione dello stigma di criminale e di una pena privativa della libertà per la mera manifestazione di un pensiero fa a pugno anche con l'idea di una pena rivolta al reinserimento sociale. E come dovrebbe essere strutturato un trattamento rieducativo nei confronti di chi afferma falsità? Posto che non possiamo certo costringerlo, né tanto meno indurlo con la privazione della libertà a cambiare idea, dobbiamo offrirgli di insegnargli la nostra verità, che egli rifiuta? Per il delinquente per convinzione, Radbruch dichiarava inammissibile una rieducazione e limitava la pena ad una mera *custodia honesta*. Ma egli si riferiva a colui che lede beni giuridici fondamentali per motivi ideologici: stavolta, invece, l'autore è punito proprio e soltanto per aver manifestato il suo convincimento.

Dell'efficacia rieducativa di una tale pena detentiva, oltretutto verosimilmente breve o, in caso contrario, manifestamente sproporzionata, appare lecito dubitare⁴¹⁴: essa rischia, anzi, di risultare criminogena, inducendo processi recentemente definiti di "radicalizzazione".

Ma anche sul piano della prevenzione generale, necessità ed utilità della pena sono tutte da dimostrare. Infatti, per cominciare, si afferma che la collettività avverta un diffuso bisogno emotivo di punizione del negazionismo. A dire il vero non sembra che, in Italia, si registrino con

⁴¹² In questo senso v. FERRAJOLI L., Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale, in *Questione Giustizia*, 4/2006.

⁴¹³ V. STELLA P., *Pena e politica criminale. Aspetti teorici e casi pratici*, Giuffrè editore, 2008, per cui "una pena esemplare risulta sempre iniqua e sproporzionata e finisce spesso con l'ottenere l'effetto opposto a quello sperato, perché non fa che eccitare i latenti istinti criminali della popolazione".

⁴¹⁴ In questo senso CAVALIERS A., *op. cit.*

apprezzabile frequenza affermazioni negazioniste, né che vi sia un particolare allarme sociale al riguardo⁴¹⁵. L'istanza repressiva viene piuttosto importata acriticamente da altri Paesi, su impulso dell'Unione europea. Ma comunque, quel bisogno emotivo di repressione, seppur vi fosse realmente, andrebbe controllato razionalmente, reagendo in conformità ai principi costituzionali.

Ciò significa, tra l'altro, che intervenire penalmente deve essere conforme a razionalità di scopo, cioè essere utile. Sul piano general preventivo, si afferma che vi sia una funzione simbolica dell'incriminazione del negazionismo, nell'accezione positiva di orientamento culturale. Ma altri strumenti sono necessari e sufficienti allo scopo di orientare alla prevenzione di crimini di guerra e contro l'umanità, all'antinazismo e alla memoria dei genocidi⁴¹⁶.

Un intervento penale contro manifestazioni di pensiero negazioniste, d'altronde, risulta simbolico anche in un altro senso, negativo: esso orienta i consociati verso la negazione della libertà di manifestare qualunque pensiero; ciò è contrario non solo alla Costituzione, ma alle radici culturali di tolleranza dell'Europa e ci rende, strutturalmente, non dissimili da altri ordinamenti che, nel mondo, reprimono la libera manifestazione di pensieri dissenzienti⁴¹⁷.

Ma la problematicità di una funzione general preventiva della punizione del negazionismo si coglie anche in rapporto all'accezione negativa della simbolicità, nel senso dell'inefficacia di una tale punizione. Davvero si pensa che il contrasto al negazionismo, se fallisce sul piano culturale e dei rimedi extrapenali, possa riuscire attraverso il diritto penale? Sono, inoltre, arcinoti i rischi di fornire un palcoscenico processuale alle

⁴¹⁵ In questo senso FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*

⁴¹⁶ V. CAVALIERE A., *op. cit.*

⁴¹⁷ V. BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2-2016.

tesi negazioniste e di far apparire i loro sostenitori quali martiri della libertà di manifestare il pensiero.

CAPITOLO III

IL “VOLTO” ITALIANO DEL REATO DI NEGAZIONISMO

PARTE II

La situazione nell’ordinamento italiano: *de iure condito e de iure condendo*

SOMMARIO: 1. Una breve panoramica di diritto penale comparato – 2. L’Italia: una fattispecie per lungo tempo assente – 3. La soluzione del 2016 – 3.1. Un *unicum* nel diritto penale comparato per la sua natura circostanziale – 3.2. La tesi del “titolo autonomo di reato” – 3.3. Gli elementi della fattispecie: analisi – 3.4. L’emendamento 1.401 (c.d. D’Ascola) – 3.5. Le divergenze con la disciplina europea – 4. Le “criticità” della nuova aggravante – 4.1. Il piano dell’opportunità politico-criminale – 4.2. Il piano tecnico-formale – 4.3. Un intervento penale “simbolico” – 5. Le prospettive *de iure condendo*: per una tutela non penale della storia

1. Una breve panoramica di diritto penale comparato

La repressione penale del negazionismo nel contesto europeo è, come già detto (v., *infra*, par. 2.1., Cap. II), estremamente eterogenea: si tratta di un “reato a geografia variabile”⁴¹⁸, i cui margini si sono gradualmente estesi tanto nelle condotte, quanto nel loro oggetto, emancipandosi dal “mero” riferimento al genocidio ebraico fino a comprendere nuovi eccidi, la cui stigmatizzazione costituisce per alcuni ordinamenti – segnatamente quelli dell’ex blocco sovietico – un profilo indefettibile di riaffermazione del proprio diritto all’autodeterminazione⁴¹⁹.

La *vis expansiva* – o, se si preferisce, la forza centrifuga – delle fattispecie di negazionismo pone l’interprete dinanzi ad una delicata questione⁴²⁰: la scelta “pan-incriminatrice” *tout court* impedisce di contestare in questi casi l’interpretazione ufficiale che i governi nazionali attribuiscono agli eventi, anche se questa in ipotesi sia controversa.

Oggi, il negazionismo come reato è previsto dalla maggioranza degli Stati europei, anche se con eccezioni significative. Tale osservazione è molto rilevante se si riflette sul dato storico che questa fattispecie criminosa si è diffusa proprio in Europa e che, inoltre, il nucleo originario dell’incriminazione individuava l’oggetto delle espressioni punibili prevalentemente nella *Shoah*, quale evento fondante per la costruzione dell’identità europea⁴²¹. Solo in seguito il reato è previsto, a livello internazionale, segnatamente nella decisione quadro del Consiglio del 28 novembre 2008, n. 2008/913/GAI. Questa, oltre a confermare la tendenza punitiva, sancisce una dinamica espansiva, attraverso il mutamento del nucleo di tipicità originario, tutto incentrato sulle dichiarazioni riguardanti i

⁴¹⁸ V. FRONZA E., *Negazionismo (diritto penale)* (voce), in Enc. Dir. Annali: VIII, Milano, 2015, 633-658, 636

⁴¹⁹ In questo senso PUGLISI G., *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), luglio 2016.

⁴²⁰ V., *infra*, cap. II, par. 4.2 e 4.3.

⁴²¹ V. FRONZA E., *Negazionismo (diritto penale)* (voce), cit., 636.

crimini nazionalsocialisti. Recependo quanto stabilito dal legislatore europeo, gli ordinamenti introducono, quindi, una fattispecie *ex novo* oppure intervengono su quella già esistente, tenendo presente i nuovi contorni di tipicità.

Assieme a questi movimenti di interazione verticale – ascendente e poi discendente – riguardanti prevalentemente il dato legislativo, si mettono in moto movimenti di interazione orizzontale, segnatamente di tipo giudiziario, che contribuiscono anch’essi a determinare il volo concreto del reato di negazionismo e che rendono evidenti alcuni snodi problematici all’interno della più generale tendenza di giuridicizzazione del passato⁴²².

La ricostruzione degli interventi legislativi in materia deve *a fortiori* cominciare dall’ordinamento francese, il primo⁴²³, in Europa, come già ricordato⁴²⁴, a dotarsi, con *la loi Gayssot*, di una disposizione *ad hoc*. In quest’ordinamento oggetto della punizione è la “contestazione” pubblica del genocidio nazista. Anche se va ricordata l’approvazione, fra il dicembre 2011 e il gennaio 2012, di un provvedimento legislativo, poi dichiarato incostituzionale⁴²⁵, volto a punire “coloro che contestano o minimizzano oltraggiosamente l’esistenza di uno o più crimini di genocidio riconosciuti come tali dalla legge francese”.

Un ampliamento nel novero delle condotte punibili è realizzato dall’Austria mediante la punizione di chi “pubblicamente nega, minimizza grossolanamente, approva o cerca di giustificare” il genocidio nazista o gli altri crimini nazisti contro l’umanità mediante opere di stampe, radiofoniche o pubblicazioni accessibili a un vasto pubblico.

⁴²² Si allude a quella tendenza – maggioritaria – che, in linea con il carattere irrinunciabile della memoria pubblica e con il suo ruolo, centrale, nella società contemporanea, individua nel diritto penale lo strumento privilegiato di connessione tra passato, presente e futuro; ampiamente cfr. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 1 ss.

⁴²³ Il primo paese in assoluto ad introdurre il reato di negazionismo è stato Israele. Tuttavia, è nel contesto europeo che esso si è affermato ed evoluto in maniera significativa.

⁴²⁴ V., *infra*, cap. II, par. 2.1.

⁴²⁵ *Conseil Constitutionnel*, Decision n. 2012-647 du 28 février 2012.

La legislazione antinegazionista austriaca, a sua volta, ispirò in Germania un intervento modificativo del paragrafo 130 *StGB* con la legge 28 ottobre 1994⁴²⁶. Nel 2011 la Germania ha poi adottato sia la Decisione quadro sia l'*Additional Protocol to the Convention on cyber crime*, limitandosi ad aggiungere gli individui fra le vittime previste al paragrafo 130.1 *StGB*; gli altri crimini contro l'umanità o i crimini di guerra non sono stati aggiunti, perché considerati già compresi da paragrafo 140 *StGB*.

Seguiranno nell'incriminazione del negazionismo, senza pretesa di esaustività, il Belgio, il Portogallo, la Bulgaria, la Romania, la Lituania, Cipro, Malta ed infine, più recentemente la Grecia.

Fuori dal continente europeo prevedono il reato in esame, oltre ad Israele, la Nuova Zelanda, l'Australia, il Ruanda e la Cambogia.

L'immagine è, dunque, quella di un mondo e, più nello specifico, di un'Europa che tutela la propria memoria mediante il diritto penale. Tuttavia, pur a fronte di questa opzione punitiva comune⁴²⁷, ribadita a livello internazionale, e pur a fronte di esigenze e principi di valore costituzionale comuni, si scorge un reato "a geografia variabile", che rileva la specificità delle singole tradizioni storiche, politiche e giuridiche⁴²⁸.

Le principali note differenziali riguardano la collocazione del reato, le condotte punibili, l'oggetto di queste ultime e, infine, la previsione di ulteriori elementi di tipicità attraverso l'inserimento di clausole di pericolo per non limitare eccessivamente la libertà di parola.

Di tutto questo si è già ampiamente scritto in precedenza⁴²⁹; giova, qui soffermare l'attenzione sull'ultimo aspetto citato. Infatti, talune legislazioni, oltre al requisito tendenzialmente comune della "pubblicità"

⁴²⁶ La legge dl 24 marzo 2005 ha poi introdotto al comma 4 l'incriminazione di "chiunque pubblicamente o in un adunanza, turba la pace pubblica in un modo che lede la dignità della vittima, approvando, esaltando o giustificando il dominio violento e arbitrario del nazionalsocialismo".

⁴²⁷ Parla di "consolidato (ancorchè non indiscusso) indirizzo di politica criminale che da lunga pezza tiene banco a livello sovranazionale e in moltissimi Paesi democratici" VISCONTI C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 218.

⁴²⁸ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 15 ss.

⁴²⁹ V., *infra*, cap. II, par. 2.1. e 4.2.

delle condotte, in coerenza con una concezione penale liberale e per scongiurare una sovrapposizione tra metodo storico e giudiziario, delimitano ulteriormente l'ambito di applicazione della norma, introducendo elementi supplementari di tipicità, attraverso l'inserimento di specifiche clausole: si richiede, ad esempio, l'idoneità delle condotte a turbare la pace pubblica (Germania) o ad incitare alla violenza o all'odio (Croazia) ovvero, ancora, che i comportamenti siano posti in essere in modo minaccioso, violento, offensivo o in disturbo dell'ordine pubblico (Malta).

Un ennesimo indicatore eloquente della specificità e delle criticità del reato di negazionismo è rappresentato dall'oggetto delle esternazioni punibili, che esprime anche la già sottolineata mutazione in senso espansivo dello stesso⁴³⁰. A questo proposito vale la pena menzionare l'art. 301 del codice penale turco⁴³¹, che punisce chi pubblicamente denigra la nazione, lo Stato, il Governo o gli organi giurisdizionali dello Stato turco. A tale disposizione si è fatto ricorso per tentare di sanzionare chi riconosceva ed affermava il genocidio degli Armeni. Essa si pone, dunque, in termini uguali e contrari a quella che contempla il reato di negazionismo: uguali, perché con la previsione di un reato autonomo è impedita l'espressione di un'opinione non conforme ad una visione ufficiale e maggioritaria; contrari, perché, nel caso turco, non si punisce la negazione di un genocidio, ma la sua affermazione. Sebbene in antinomia espositiva (si sanziona l'affermazione e non la negazione), il reato contemplato dall'ordinamento turco è assolutamente omogeneo dal punto di vista della forma e della struttura: si vieta penalmente la messa in dubbio di una "verità storica" sancita come tale dallo Stato⁴³².

⁴³⁰ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 46 ss.

⁴³¹ L'articolo 301 del codice penale turco, introdotto con la legge n. 5237 del 26 settembre 2004, modifica l'articolo 159 del precedente codice penale turco del 1926. Introdotto prima dell'apertura dei negoziati per l'adesione della Turchia all'Unione Europea il Codice penale turco entrò in vigore il 1 giugno 2005. L'art. 301 è stato poi riformulato e, nella nuova stesura, è entrato in vigore l'8 maggio 2008.

⁴³² In questo senso FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 54 ss.

L'esame comparato delle disposizioni nazionali fornisce elementi per svolgere un rilievo di carattere più generale, su cui occorre richiamare l'attenzione: ad una prima fase, connotata dalla criminalizzazione del discorso negazionista, ne segue una seconda, caratterizzata dalla estensione del campo della penalità e, di conseguenza, del quadro mnemonico protetto. Il reato (e il *nomen*) mostra una capacità circolatoria, essendo stato ripreso in contesti molto differenti⁴³³ e conferma le dinamiche espansive di cui si è già accennato.

La memoria degli eventi storicamente più significativi, dei più vicini come dei più lontani, ha un portato pubblico determinante: è cioè elemento fondante del corpo politico ed istituzionale cui afferisce. Ed ecco una prima difficoltà che tale reato propone: da un lato, i giudici dovranno rapportarsi con una dimensione temporale remota, giudicando non un comportamento realizzato, bensì il racconto che se ne dà oggi; dall'altro, ai giudici potrà capitare di doversi confrontare con una dimensione più vicina, interpretando e riconoscendo come crimini determinati macroeventi, magari nemmeno mai studiati e valutati dagli storici. Il tipo penale è dunque scolpito in modo tale da far intervenire i giudici sulla storia molto più di quanto sia mai accaduto prima, con il risultato di coinvolgere gli stessi anche nelle "guerre di memorie". I mutamenti rispetto alla configurazione originaria del reato di negazionismo potrebbero rivelare così un'altra difficoltà della scelta punitiva: la natura plurale delle specifiche memorie nazionali. La memoria che si vuole comune non è comune e diviene così terreno di scontro. Al giudice spetta di trasformare il passato o il presente in memoria, investendola inevitabilmente dei conflitti sottesi all'esercizio della giurisdizione⁴³⁴.

⁴³³ Si fa riferimento alla proposta, presentata il 28 agosto 2012 in Perù, di introdurre il reato di negazionismo dei crimini di terrorismo: *proyecto de ley* n. 1464/2012-PE, recante "*Ley que incorpora el artículo 316-A [Negacionismo de los delitos de terrorismo] al Código penal*" in www.congreso.gob.pe.

⁴³⁴ Per questa riflessione v. FRONZA E., *Negazionismo (diritto penale)* (voce), in Enc. Dir. Annali: VIII, Milano, 2015, 639 ss.

Insomma, quello dell'incriminazione del negazionismo è un terreno, se pur condiviso, problematico ed assai scivoloso.

Non mancano ordinamenti che non hanno dato seguito alla Decisione quadro sul presupposto che la legislazione nazionale fosse conforme: si tratta di Irlanda, Danimarca, Svezia, Paesi Bassi, Regno Unito e, fino al giugno 2016 anche dell'Italia; la Finlandia, invece, ha inasprito le pene per le condotte razziste e discriminatorie.

L'Italia è l'ultimo Stato membro dell'UE a essere intervenuto in materia, preceduta dall'ordinamento ellenico nel 2014⁴³⁵. Fughiamo da subito la perplessità: la L. n. 115/2016 è stata sì sollecitata dalla Decisione quadro, ma, a nostro avviso, non vi adempie *strictu sensu*. Il comma 3 *bis*, infatti contempla una fattispecie a natura circostanziale e non autonoma per la sola negazione e non anche le condotte di minimizzazione grossolana; quanto al profilo sanzionatorio, poi, eccede di molto il limite editale stabilito in sede euro unitaria. La condotta di apologia, essendo già punibile *ex art. 8 comma 2 della L. 9 ottobre 1967, n. 962*, non necessitava correttamente di alcun adattamento.

2. L'Italia: una fattispecie per lungo tempo assente

Passando al contesto legislativo nazionale, ci si avvede di come la norma recentemente introdotta voglia essere la meta di un agitato e animoso dibattito – evidentemente mai del tutto sopitosi – che ha visto la rilevanza penale del negazionismo contendersi il campo ora *sub specie* di aggravante

⁴³⁵ Che ha introdotto la punizione di: approvazione, minimizzazione e negazione malevola dell'esistenza o della gravità di genocidi, crimini di guerra e crimini contro l'umanità, dell'Olocausto degli altri crimini nazisti riconosciuti da tribunali internazionali e dal Parlamento greco. Cfr. CAJANI L., *La storia nel mirino del diritto penale. The relationship between memory and criminal law*, in *DPCE online*, v. 25, n. 1, feb. 2017, v. <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/91>. La legge greca, discostandosi dal modello della decisione quadro, è interessante perché limita la punizione alla negazione dei genocidi individuati e quindi tipizzati dal legislatore, evitando di lasciare nelle mani del giudice la delicata questione delle "guerre di memoria".

ora come disposizione incriminatrice *tout court*. Le tappe intermedie di questo tortuoso *iter* forniscono utili strumenti di comprensione e di analisi.

L'Italia fino al giugno 2016 rientrava tra i Paesi che non contemplavano un reato di negazionismo⁴³⁶. In realtà neppure oggi, nonostante le recenti modifiche, si può dire che esista un vero e proprio delitto in questa materia; la soluzione adottata dal nostro legislatore, infatti, sembra costituire un *unicum* nel diritto penale comparato per la sua natura di fattispecie circostanziale e non autonoma.

Tralasciando per il momento l'analisi della nuova fattispecie negazionista, introdotta nel nostro ordinamento con la l. 115/2016, ci soffermiamo, in una prospettiva retrospettiva, nell'esaminare i diversi tentativi di introdurre questa figura delittuosa, per poi verificare se l'Italia disponeva o meno prima della riforma del 2016 di disposizioni che consentivano di reprimere tali fenomeni.

Nella recente storia parlamentare italiana, a partire dal 2007, non sono mancate ripetute proposte legislative volte a colpire con lo stigma penalistico le affermazioni negazioniste, come era già avvenuto, in altri Stati europei e non. L'argomento non è quindi stato privo di interesse nel corso delle passate legislature e non sono mancate le proposte per introdurre una figura criminosa *ad hoc*, solitamente in seguito ad episodi di cronaca relativi ad affermazioni negazioniste⁴³⁷.

Accanto a tali tentativi, che paiano oggi giunti a una concretizzazione normativa, il Parlamento italiano ha approvato una serie di novelle che consacrano la memoria di determinati eventi cui è legato un giudizio di

⁴³⁶ Cfr. BIFULCO D., *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, 2012, 77-79, 85-88, secondo cui l'assenza del negazionismo in Italia si dovrebbe all'"incapacità della comunità politica di far fronte, con chiarezza d'intenti e con senso di responsabilità, al proprio passato storico".

⁴³⁷ Per alcuni casi di negazionismo italiano cfr. CHERSI A., *Il caso Faurisson*, Bagnolo, 1982 e SALTEA C., *Per il revisionismo storico contro Vidal Naquet*, Genova, 1993; GERMINARLO F., *Estranei alla democrazia. Negazionismo e antisemitismo nella destra radicale italiana*, Pisa, 2001. Non si dimentichi, poi, che nel 2011 era stato proposto di introdurre una fattispecie autonoma dopo la lezione di Claudio Moffa all'Università di Teramo (cfr. *La Repubblica*, 15 ottobre 2010).

disvalore storico e morale: si tratta delle cosiddette “leggi memoriali”⁴³⁸. Rinviamo ad altre sedi per un approfondimento sul tema delle leggi memoriali e sulle problematiche ad esse connesse, cerchiamo di analizzare le differenti proposte di legge contro il negazionismo, presentate al nostro Parlamento nel corso della XV (2006-2008), della XVI (2008-2013) e della XVII Legislatura (2013-in corso)⁴³⁹.

Nel gennaio 2007 il ministro della giustizia Clemente Mastella annunciava l'intenzione di presentare un disegno di legge per l'“introduzione nel codice penale dei delitti di istigazione a commettere crimini contro l'umanità e di apologia di crimini contro l'umanità”⁴⁴⁰. Secondo le prime fonti di informazione si trattava di una aggravante della “istigazione a delinquere” ex art. 414 c.p., se “il fatto è commesso negando, in tutto o in parte, l'esistenza di genocidi e di crimini contro l'umanità per i quali vi sia stata una sentenza definitiva di condanna dell'autorità giudiziaria italiana o internazionale”⁴⁴¹. La formulazione, circoscritta tanto nella condotta (la sola negazione), quanto nell'oggetto, limitato al genocidio e ai crimini contro l'umanità, ricalcava il modello francese, ancorando l'aumento di pena al giudicato penale nazionale o internazionale di condanna.

⁴³⁸ V. in questo in senso LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte Edu sul genocidio armeno*, Cedam, 2016 che ne ricorda alcune: a) la l. 20 luglio 2000, n. 211, con cui si è istituito il “Giorno della Memoria” in ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico e dei deportati militari e politici italiani nei campi nazisti, fissato il 27 gennaio, anniversario dell'apertura dei cancelli di Auschwitz (1945); b) la l. 30 marzo 2004, n. 92, che fissa al 10 febbraio il “Giorno del ricordo” in memoria delle vittime delle foibe, dell'esodo giuliano-dalmata, delle vicende del confine orientale; c) la l. 4 maggio 2007, n. 56 che fa del 9 maggio, anniversario dell'uccisioni di Aldo Moro (1916-1978) da parte delle Brigate Rosse, il “Giorno della memoria” dedicato alle vittime del terrorismo e delle stragi di tali matrice.

⁴³⁹ Per un inquadramento sui vari d.d.l. fino al 2014 cfr. DELLA MORTE, *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2014, 1185-1187

⁴⁴⁰ Cfr. *Il Sole 24 ore*, 25 gennaio 2007, supplemento *Norme e tributi*, n. 24, 32.

⁴⁴¹ Notizie anche in FRONZA E., *Negazionismo (diritto penale)* (voce), cit., 644.

Le critiche da parte della comunità degli storici furono molte e veementi⁴⁴²: a dire il vero si tratta(va) di obiezioni, fondate e autorevolmente formulate, che tornano costantemente alla ribalta quando si discute di questo tema. Prima considerazione è che il negazionista, se punito, diventa alfiere della libertà di espressione: un martire che testimonia la ritrosia dello Stato a confrontarsi, preferendo una soluzione sbrigativa, quale la sanzione penale⁴⁴³. Un secondo rilievo attiene al fatto che l'imposizione di una verità di Stato collide altresì con la fiducia che ognuno deve riporre nel *free marketplace of ideas* di matrice statunitense. Si tratta dell'idea milliana per cui anche nella menzogna ci può essere un fondo di verità e impedire la sua espressione vorrebbe ritenere di essere infallibili⁴⁴⁴; nonché della convinzione per cui “la verità (ritenuta) assoluta, certa ed irrefutabile non può essere oggetto di alcuna tutela se non si vuole, con un unico colpo di spada normativa, trafiggere il diritto di manifestazione del pensiero, la libertà morale di credere e la libertà di insegnamento, trasformando (o meglio: ritrasformando) il cittadino in un fedele”⁴⁴⁵. “Ultima” indicazione: l'impostura negazionista va combattuta mediante una costante battaglia culturale, che nelle odierne società multiculturali è indubbiamente il presupposto per la convivenza e che non può, né in questa materia né in altre più “pacificamente tutelabili”, mai venir meno⁴⁴⁶.

⁴⁴² Ci riferiamo ad esempio al Manifesto proposto da FLORES M., LEVIS SULLAM S., TRAVERSO E. e altri, *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, in www.sissco.it, apparso sulla stampa il 23 gennaio 2007 e al comunicato *Al negazionismo si risponde con le armi della cultura e non quelle del diritto penale*, in www.camerepenali.it, 16 ottobre 2013, dell'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE (UCPI). Cfr., sempre in senso critico, PROSPERI A., *Se le bugie negazioniste diventano un reato*, in *La Repubblica*, 16 ottobre 2010; LUZZATO S., *Shoah vera o falsa? Non si decide per legge*, in *Il Sole 24 ore*, 17 ottobre 2010. Per un'opinione differente cfr. CATTARUZZA M., *La condanna del negazionismo limita la libertà della ricerca?*, in *L'Occidentale*, www.loccidentale.it, sub “Cultura”, 24 gennaio 2007.

⁴⁴³ VIDAL-NAQUET P. sosteneva che punire i negazionisti “non servirebbe ad altro che a moltiplicarne la specie”, *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma, 2008, 218.

⁴⁴⁴ Argomento della fallibilità: MILL STUART J., *Saggio sulla libertà*, Chapter II, 41, 1869 in <http://www.bartleby.com/130/2.html>

⁴⁴⁵ *Contro il reato di negazionismo*. Appello dell'UCPI, in www.camerepenali.it, 14 ottobre 2013.

⁴⁴⁶ Così cfr. PUGLISI G., *op. cit.*, 18.

A seguito di tale levata di scudi si arrivò ad un nuovo testo⁴⁴⁷, in cui veniva eliminato il riferimento al negazionismo, limitandosi a proporre una modifica del reato di propaganda razzista, previsto dall'art. 3 l. 13 ottobre 1975, n. 654, come modificato dal d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205, cosiddetta “legge Mancino”, e poi dalla l. 24 gennaio 2006, n. 85. L'interruzione della legislatura fece abortire l'intervento.

Nell'ottobre 2012, la Sen. Amati propose un disegno di legge⁴⁴⁸, contenente un'ipotesi delittuosa autonoma. Quest'ultima andava inserita nell'art. 3 comma 1 l. n. 654, cit., alla lett. *b-bis*, e puniva: 1) l'apologia dei “crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra”, come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale e dello Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga; 2) la negazione della “realtà, della dimensione o del carattere genocida degli stessi”. Tali comportamenti sarebbero stati punibili soltanto se “idonei a turbare l'ordine pubblico o se costituiscono minaccia, offesa o ingiuria”⁴⁴⁹. L'eco della Decisione Quadro 2008/913/GAI era evidente⁴⁵⁰: malgrado ne fosse stata espunta la “minimizzazione grossolana”, risultavano presenti il riferimento allo Statuto della C.P.I e del Tribunale di Norimberga e, seppur con applicazione alternativa, le già richiamate clausole di offensività tedesca e inglese. Anzi, il loro impiego svolgeva una chiara funzione compensatrice della volatilità del binomio “dimensione” e “carattere genocida”: non sarebbe stato possibile incriminare *sic et simpliciter* il negazionista che, ad esempio, contestasse la qualificazione in termini di genocidio di alcuni

⁴⁴⁷ Disegno di legge recante “Norme in materia di sensibilizzazione e repressione della discriminazione razziale, per l'orientamento sessuale e l'identità di genere. Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654”, in Atti parl. Sen., XV legislatura, doc. n. 1694, presentato al Senato il 5 luglio 2007.

⁴⁴⁸ “Modifiche all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra come definiti dagli articoli 6,7 e 8 dello statuto della Corte Penale Internazionale” in Atti Parl. Sen., XVI legislatura, doc. n. 3511.

⁴⁴⁹ I promotori del progetto si avvalgono della possibilità offerta dell'art. 1 comma 2 della decisione quadro n. 2008/913/GAI, cit.

⁴⁵⁰ V. PUGLISI G., *op. cit.*, 19.

eventi, su cui la discussione storica era ancora aperta, tanto più in assenza di alcun riferimento ai precedenti giudiziari delle corti interne o internazionali.

Terminata la XVI legislatura senza approvazione, il 15 marzo 2013 la stessa senatrice Amati ed altri hanno proposto un ulteriore disegno di legge⁴⁵¹, con la stessa struttura del precedente ma con taluni correttivi: si reintroduce la “minimizzazione grossolana” e si espunge il riferimento allo Statuto del Tribunale di Norimberga (evadendo così il riferimento al crimine di aggressione).

Incapace di adottare il testo in sede deliberante, la seconda Commissione permanente (Giustizia) ha trasmesso all’aula del Senato il disegno quasi stravolto. Il testo non interveniva più sull’art. 3 l. n. 654/75, ma sull’art. 414 c.p., inserendo un’autonoma fattispecie di reato che punisce chiunque “nega l’esistenza di crimini di genocidio o contro l’umanità o di guerra”, nonché una circostanza aggravante ad effetto speciale per chi compie il reato di istigazione o di apologia dei crimini anzidetti e dei delitti di terrorismo⁴⁵². Si tratta di una formulazione di dubbia compatibilità con lo schema dell’istigazione accolto dalla Corte Costituzionale⁴⁵³ oltre a presentare talune differenze rispetto alla Decisione quadro n. 2008/913/GAI.

Sennonchè il nuovo testo, dopo le audizioni di alcuni esperti, venne riformato nel senso di una diminuzione del massimo edittale (da cinque a tre anni nel massimo) e della previsione sia del carattere pubblico della condotta base, che di un aumento di pena qualora propaganda, pubblica istigazione e pubblico incitamento “si fondino in tutto o in parte sulle negazione della *Shoah* ovvero dei crimini di genocidio, dei crimini contro

⁴⁵¹ “Modifiche all’articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l’umanità e crimini di guerra come definiti dagli articoli 6,7 e 8 dello statuto della Corte Penale Internazionale” in Atti Parl. Sen., XVII legislatura, doc. n. 54.

⁴⁵² Per un commento cfr. MONANARI M., *Il disegno di legge in materia di negazionismo passa all’esame dell’aula del Senato*, in *dir. pen. contemp.*, www.penalecontemporaneo.it, 28 ottobre 2013.

⁴⁵³ Sul parametro costituzionale di compatibilità cfr. C. cost. 4 maggio 1970, n. 65, in *Giur. Cost.*, 1970, 933.

l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti degli articoli 6,7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale⁴⁵⁴.

Il 13 ottobre 2015 la Camera ha apportato ulteriori modifiche al testo previamente votato dal Senato⁴⁵⁵, decidendo di intervenire soltanto sulla fattispecie antidiscriminatoria, alla quale aggiungere il comma 3 bis⁴⁵⁶. Eliminato il riferimento alla pubblicità della condotta base di cui al comma 1, la novità più interessante era contenuta nella parte finale della norma. Tenere conto dei fatti accertati con sentenza passata in giudicato significava due cose: a) la non necessarietà, a rigore, di una decisione di condanna e b) data la mera "efficacia suasoria" di questo giudicato, la possibilità per il giudice di discostarsene, ove lo avesse ritenuto opportuno.

Il 3 maggio 2016 il Senato della Repubblica, emendandolo nuovamente, ci ha consegnato il testo che, approvato dall'altro ramo del Parlamento, è ora legge dello Stato: "si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6,7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232".

A questo punto, può essere utile un breve inquadramento normativo volto ad approfondire quali fonti potevano applicarsi nell'ordinamento italiano per sanzionare il fenomeno *de qua* prima dell'introduzione, dopo il tortuoso *iter* parlamentare appena descritto, della nuova "aggravante di

⁴⁵⁴ Vedi il commento di GATTA G., *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in *dir. pen. contemp.*, 16 febbraio 2015.

⁴⁵⁵ In seguito all'approvazione in Commissione in sede referente, il disegno di legge è stato approvato dal Senato in data 11 febbraio 2015

⁴⁵⁶ Dal seguente tenore: "per i fatti di cui al comma 1, lettere a) e b), e al comma 3, la pena è aumentata se la propaganda, la pubblica istigazione e il pubblico incitamento si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah ovvero dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6,7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, tenendo conto dei fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale, ovvero da atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l'Italia è membro".

negazionismo”. Tale ricognizione assume particolare rilevanza anche nella prospettiva di accertare in che misura l’Italia potesse considerarsi adempiente (o meno) in relazione agli obblighi di penalizzazione europei⁴⁵⁷.

Un primo sottoinsieme di norme cui tali fenomeni potrebbero parzialmente essere ricondotti si ritrova nel codice, in particolare in quei reati di pensiero collocati nel titolo dei reati contro l’ordine pubblico (tit. V del libro II)⁴⁵⁸. Innanzitutto, occorre richiamare il reato di “Istigazione a delinquere” di cui all’art. 414 c.p. In particolare, interesserebbe qui la figura prevista dal comma 3, che incrimina “chi pubblicamente fa l’apologia di uno o più delitti”. Rileva anche l’ipotesi delittuosa prevista dal comma 4, che prevede una figura sussidiaria ed aggravata “se l’apologia riguarda delitti di terrorismo o crimini contro l’umanità”⁴⁵⁹.

Anche nella legislazione penale *extra codicem* possono rinvenirsi disposizioni potenzialmente utilizzabili per sanzionare condotte negazioniste. Va richiamato l’art. 3 l. n. 654 del 1975, che eleva la “discriminazione” a fatto penalmente rilevante⁴⁶⁰. Da menzionare anche il reato di incitamento e apologia di genocidio previsto dall’art. 8 l. 9 ottobre 1967, n. 962⁴⁶¹, punito senza neppure che si tratti di un genocidio accertato da un giudice internazionale o riconosciuto da un soggetto di diritto

⁴⁵⁷ V. FRONZA E., *Negazionismo (diritto penale)* (voce), 647 ss.

⁴⁵⁸ L’ordinamento italiano, pur non penalizzando espressamente il negazionismo, possiede un insieme consistente di reati di opinione. E questo nel solco di una continuità della nostra tradizione legislativa; cfr. FIORE C., *I reati di opinione*, Padova, 1972, 18 ss.

⁴⁵⁹ Come noto, in seguito a dubbi di legittimità costituzionale sulla conformità di tale fattispecie rispetto al principio di offensività, la Consulta è intervenuta con una sentenza fondamentale con la quale ha segnato una svolta per questa fattispecie e più in generale per i reati di opinione; si giustifica la restrizione penalistica della libertà di espressione per la tutela non solo del buon costume ma anche dell’ordine pubblico, seppur richiedendo che la condotta sia “diretta e idonea, a provocare la violazione delle leggi penali” (l’apologia diventa un’istigazione indiretta). V. C. cost., 4 maggio 1970, n. 65, cit.

⁴⁶⁰ Tale disposizione, come ricordato, è stata riformata dapprima dalla legge Mancino (d.l. n. 122 del 1993) e poi dalla l. n. 85 del 2006 (cfr. art. 13). Nella formulazione attualmente in vigore si incrimina chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; si sanziona altresì chi istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi nazionali, etnici, razziali o religiosi.

⁴⁶¹ Con questo si dà attuazione nel nostro ordinamento alla Convenzione internazionale per la prevenzione e la repressione del genocidio del 1948.

internazionale o da una legge dello Stato⁴⁶². Infine, vi è una norma che poteva (e può) offrire un'ulteriore (ma parziale) tutela contro il discorso negazionista: il reato di apologia di fascismo⁴⁶³, introdotto con l. 20 giugno 1952, n. 654 (art. 4) per dare attuazione alla XII disp. trans.

La rassegna delle disposizioni in vigore nel nostro ordinamento mostra che, già prima della recente “aggravante del negazionismo”, e dunque in assenza di una norma *ad hoc*, esistevano alcune previsioni in grado di offrire una certa tutela dall'universo ideologico negazionista⁴⁶⁴. Per certi versi si tratta anche di rimedi ulteriori rispetto a quanto richieda il diritto europeo. Prendendo le mosse dal quadro d'insieme si può constatare che non è possibile punire la pura negazione, ma solo quel discorso rispetto a cui si sia accertata una idoneità ad integrare una istigazione all'odio e/o alla violenza, con un pericolo concreto ed immediato per il bene tutelato.

Nessun dubbio, quindi, che qualsiasi manifestazione scritta o verbale di negazionismo, che crei un pericolo per l'ordine pubblico, avrebbe avuto varie possibilità di essere sussunta in fattispecie penali già esistenti nel nostro ordinamento⁴⁶⁵. Davvero necessario l'intervento di riforma da parte del legislatore?

3. La soluzione del 2016

Il legislatore ha “ceduto” all'introduzione di una disposizione penale per contrastare il negazionismo, forse più in contrasto che altrove con la libertà di espressione⁴⁶⁶. Il sistema italiano, infatti, non corrisponde a quella

⁴⁶² In questo senso LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo*, cit., 80.

⁴⁶³ Tale reato era previsto originariamente nell'art. 7 l. 3 dicembre 1947, n. 1546, poi sostituito dal citato art. 4 che punisce chi va propaganda in favore della riorganizzazione del partito fascista o chi pubblicamente esalta gli esponenti, i principi o metodo del fascismo oppure le sue finalità antidemocratiche.

⁴⁶⁴ V. in questo senso FRONZA E., *Negazionismo (diritto penale)*, voce, cit.

⁴⁶⁵ Così FRONZA E., GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *dir. pen. contemp.*, maggio 2013.

⁴⁶⁶ In questo senso SCOTTO ROSATO A., *Osservazioni critiche sul “reato di negazionismo”*, in *dir. pen. contemp.*, 10 gennaio 2017.

che viene definita una *wehrhafte Demokratie*⁴⁶⁷. La Costituzione non prevede limiti intrinseci/immanenti, enunciati già a livello costituzionale come invece accadde in Germania⁴⁶⁸. In Italia la libertà di espressione è apparentemente “illimitata”: rappresentando il valore più alto tra i diritti primari e fondamentali⁴⁶⁹, non è stato previsto dai Costituenti che potesse essere limitata legislativamente come per le altre libertà fondamentali. Essa è essenziale ai fini dell’attuazione del sistema democratico, del quale è “pietra angolare”⁴⁷⁰; ciò vuol dire che la protezione della democrazia non la si realizza a posteriori, ma è insita nell’attuazione del sistema, per il tramite dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti.

L’8 giugno 2016 la Camera dei deputati del Parlamento italiano, dopo il lungo e travagliato *iter*⁴⁷¹ che ha registrato diverse proposte contrastanti, ha definitivamente approvato, con 237 voti a favore, 5 contrari, e 102 astenuti, la proposta di legge n. 2874-B che punisce il negazionismo (così come modificata dal Senato il 3 maggio 2016). La legge del 16 giugno 2016 n. 115⁴⁷², recependo tale provvedimento approvato in seconda lettura alla Camera, ha introdotto un nuovo comma 3-bis nella legge 654 del 1975⁴⁷³.

⁴⁶⁷ Letteralmente democrazia militante/protetta. Si intende quel tipo di sistema democratico che è, o dovrebbe essere, capace di proteggersi da solo dai nemici della democrazia e della Costituzione. È un tipo di sistema sviluppatosi in Germania successivamente alla II Guerra Mondiale per rimediare alle falle della Repubblica di Weimer, che avevano portato alla presa del potere da parte del nazionalsocialismo. È un sistema, quindi, che è nato per contrastare i nemici interni e assicurare una democrazia duratura e stabile. Per un chiaro approfondimento sul processo che ha portato alla democrazia in Germania dopo il crollo di un regime non democratico, cfr. CASTALDO A., *Democratizzazione e sistemi pratici – il caso della Repubblica Federale Tedesca*.

⁴⁶⁸ Almeno altri due sistemi hanno sviluppato una forma di “democrazia protetta”: quello austriaco che con una legge costituzionale persegue l’obiettivo di contrastare eventuali aspirazioni nazionalsocialiste; in secondo luogo quello della Carta Europea dei Diritti dell’Uomo, dove l’art. 17 CEDU, vieta l’abuso dei diritti fondamentali garantiti dalla stessa carta. La Corte EDU ne ha fatto notevole e particolare uso nella lotta al negazionismo. Così LOBBA P., *Il volto europeo del reato di negazionismo*, 2013, 151.

⁴⁶⁹ Corte Costituzionale n.168 del 1977.

⁴⁷⁰ CRISAFULLI V., PALADIN L., *Commentario breve alla Costituzione*, 1990, art.21, 129.

⁴⁷¹ V., *infra*, par. 2, cap. III.

⁴⁷² La legge n. 115 del 2016 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 28 giugno 2016.

⁴⁷³ <<3-bis. Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l’istigazione e l’incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione,

3.1. Un “*unicum*” nel diritto penale comparato per la sua natura circostanziale

Ultimo di una serie di provvedimenti proposti nelle ultime legislature, la novella attribuisce rilevanza penale alle affermazioni negazioniste della Shoah, dei fatti di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra, come definiti dallo Statuto di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale.

La discussione in Parlamento sull’opportunità di punire penalmente il negazionismo – conclusasi un po’ in sordina, mentre l’opinione pubblica era più interessata ad altre questioni, quali le unioni civili, le elezioni amministrative e la riforma costituzionale⁴⁷⁴ – si è caratterizzata, sotto un profilo prettamente procedurale, come visto, per una non lieve tensione tra i due rami del Parlamento, che ha reso necessaria una doppia lettura sia al Senato sia alla Camera⁴⁷⁵.

Si introduce, a differenza del disegno di legge originario che prevedeva una figura autonoma di reato, una circostanza aggravante, non nel *corpus* codicistico ma all’art. 3 della l. 654 del 1975 (c.d. legge Mancino), novellata, come noto, dalla l. 85 del 2006. Una disposizione raramente applicata incrimina chi “propaganda idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale” o “istiga a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”, nonché chi incita al compimento di atti per motivi razziali, religiosi, nazionali ed etnici⁴⁷⁶. La nuova disposizione s’inserisce, quindi, nell’ambito della legge

si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6,7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232>>.

⁴⁷⁴ Lo nota LEOTTA C., *In Gazzetta Ufficiale la legge che dà rilevanza penale al negazionismo*, in *Quotidiano giuridico*, giugno 2016.

⁴⁷⁵ Il testo approvato dal Senato l’11 febbraio 2015 (d.d.l. S.56) è stato, infatti, dapprima modificato dalla Camera il 13 ottobre 2015, poi nuovamente emendato dal Senato il 3 maggio 2016.

⁴⁷⁶ È opportuno rilevare che, al momento della stesura di questo articolo, è stato in discussione presso la Camera un emendamento che si proponeva di aggiungere il requisito della pubblicità alle istigazioni punibili ai sensi della legge Mancino. Il Senato ha respinto la proposta.

di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, firmata a New York il 7 marzo 1966, e più precisamente nell'art. 3 di detta legge⁴⁷⁷. L'obiettivo è quello di intensificare il contrasto alla discriminazione, fino a rendere penalmente rilevante anche la negazione di crimini internazionali.

Durante i lavori parlamentari si è molto discusso sulla natura giuridica della nuova disposizione. La problematicità della qualificazione giuridica emerge anche dall'*iter* parlamentare: i diversi testi che hanno fatto la navetta tra Camera e Senato, infatti, si alternano tra l'aggravante e il reato autonomo. Si era partiti nella precedente legislatura con la velleità di prevedere un autonomo reato di negazionismo. A fronte delle obiezioni che, da più parti, una simile scelta aveva registrato, si è pensato di ripiegare su una soluzione di compromesso che, da un lato, suonasse come adempimento dell'obbligo assunto in sede europea, ma dall'altro non si esponesse alla critica di aver dilatato l'area del penalmente rilevante fino a colpire la pura manifestazione del pensiero in ordine ad accadimenti discussi e controversi.

Sicché la nostrana versione del reato di negazionismo, assume le sembianze di una "timida aggravante"⁴⁷⁸ del reato d'incitamento all'odio antirazziale già previsto nell'art. 3 l. 654 del 1975. La scelta di punire il negazionismo a titolo di aggravante, si legge nel dossier della Camera dei Deputati, "mira ad evitare l'introduzione di un reato di opinione, suscettibile di configgere con il diritto di libera manifestazione del pensiero", garantito dall'art. 21 Costituzione.

Certamente, quella intrapresa dal legislatore italiano sembra una strada che comporta meno rischi di quanti potrebbe comportarne la

⁴⁷⁷ L'art. 3 legge n. 654 del 1975 è stato nel tempo più volte ritoccato. La prima modifica è avvenuta nel 1989; nel 1993 è stato esteso il raggio d'azione delle norme, punendo anche la discriminazione fondata sull'etnia. Infine, nel 2006 si è ridimensionata relativamente l'estensione della norma per sottolineare la necessità che ad assumere rilevanza penale fosse solo quel tipo di condotta capace di realizzare concretamente un clima di odio e di discriminazione.

⁴⁷⁸ Così BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, giugno 2016, 994.

creazione di una fattispecie autonoma. Tuttavia, è evidente il suo carattere compromissorio⁴⁷⁹: si tratta di un adempimento che non risolve il problema del contrasto al fenomeno negazionista e che, per di più, accede ad una fattispecie già di per sé problematica, quale è l'art. 3 della legge Mancino.

Comunque, quella di come “etichettare” giuridicamente la fattispecie non è questione nuova per gli studiosi del diritto penale. Nonostante il *nullum crimen sine lege certa et stricta* sia cosituzionalizzato dall'art. 25 co. 2 Cost., infatti, spesso ci si ritrova di fronte a fattispecie penali carenti di determinatezza e precisione⁴⁸⁰.

Questi valori dovrebbero riguardare tanto gli elementi costitutivi quanto gli *accidentalia delicti*. In un'ottica di politica criminale finalizzata alla prevenzione e fondata su un diritto penale liberale e costituzionalmente orientato, le circostanze, soprattutto quando aggravanti, dovrebbero essere accompagnate dalla stessa chiarezza che si richiede per gli elementi costitutivi del reato⁴⁸¹. Da tale esigenza deriva che anche la distinzione tra titolo autonomo di reato e circostanza debba essere chiaramente determinata e determinabile. Ciò nonostante, il legislatore continua a non essere chiaro in molti casi, come quello in esame dove, nonostante l'apparente strutturazione in forma di aggravante, non mancano voci⁴⁸² che vedono nella nuova disciplina la creazione di un autonomo reato.

La problematica è “generalizzata”, tanto che l'aria grigia in cui convivono le due categorie ha fatto parlare in dottrina di una “costante del

⁴⁷⁹ In questo senso FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, giugno 2016, 1016.

⁴⁸⁰ È il caso della fattispecie di negazionismo, la quale, al di là dei problemi riguardanti la sua natura giuridica, costituisce di per sé un illecito intrinsecamente indeterminato. Cfr. SCOTTO ROSATO A., *Osservazioni critiche sul nuovo “reato di negazionismo”*, cit., 284.

⁴⁸¹ FIORE C.S., *Diritto penale – Parte Generale*, III ed. 2008, 425; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale – Parte Generale*, VII ed. 2014, 437.

⁴⁸² Per esempio SCOTTO ROSATO A., *op. cit.*, 280 ss.

pensiero giuridico penale⁴⁸³ e sono stati quindi individuati criteri utili per cercare di risolvere i dubbi interpretativi⁴⁸⁴.

In effetti la questione non è meramente teorica: dalla qualificazione della natura giuridica in un senso o nell'altro, discendono, infatti, una serie di implicazioni. Per quanto riguarda la disposizione in analisi, poi, queste incidono enormemente sull'esito e sulle modalità di contrasto al negazionismo, su cui bisognerebbe riflettere già a livello politico-criminale prima ancora che giuridico-sostanziale.

Gli effetti più significativi investono, innanzitutto, il bilanciamento ex art. 69 c.p., a cui accedono solo le circostanze. Se il nuovo comma 3-*bis* avesse introdotto un'aggravante di negazionismo, questa sarebbe soggetta ad un confronto/scontro con eventuali attenuanti, che potrebbe portare alla disapplicazione degli aumenti di pena previsti⁴⁸⁵. Proprio questo profilo detona uno degli aspetti critici della nuova disciplina: il rischio è infatti quello di una norma ineffettiva⁴⁸⁶. Sempre su questo terreno, il timore è anche quello di una scarsa visibilità⁴⁸⁷, venendo meno anche il pur molto discutibile scopo narrativo e simbolico, correlato al nominare – tramite la creazione di un tipo autonomo – le manifestazioni in parola come “negazionismo”. La soluzione dell'aggravante, tradirebbe, dunque, anche l'intento di valorizzazione della tutela: il disvalore rimane, infatti, ancorato alla fattispecie base.

Altre due implicazioni che derivano dalla qualificazione giuridica in un senso o nell'altro riguardano il *locus commissi delicti* e i criteri di

⁴⁸³ BRICOLA F., *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, Milano, 1997, 333.

⁴⁸⁴ Questi criteri sono suddivisibili in criteri forti, che indicano quando una fattispecie possa qualificarsi come reato autonomo ovvero integri una circostanza in senso tecnico in modo altamente persuasivo e deboli, quando possono fornire solo indicazioni orientative. Per un'analisi più completa cfr. BASILE F., *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Coppi*, Torino, 2012, 20.

⁴⁸⁵ In questo senso cfr. SCOTTO ROSATO A., *op. cit.*, 286.

⁴⁸⁶ Il rischio della ineffettività della norma è paventato da FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, giugno 2016, 1027 ss.

⁴⁸⁷ In questo senso cfr. sempre FRONZA E., *op. cit.*, 1028

imputazione della responsabilità. Nello specifico, per quanto riguarda la prima, bisogna porre attenzione alla questione della diffusione di opinioni negazioniste a mezzo Internet. Nel caso in cui il negazionismo venisse contrastato attraverso un'autonoma fattispecie di reato, qualora la condotta si realizzasse in tutto o in parte sul territorio italiano⁴⁸⁸, tale fatto di reato determinerebbe con certezza il *locus commissi delicti*, trovando così applicazione la legge penale italiana in conformità all'art. 6 c.p. Se si trattasse di circostanza aggravante, l'opinione negazionista non potrebbe essere perseguita penalmente, se non in quanto oggetto della circostanza di un reato-base che pure deve essersi realizzato sul territorio dello Stato italiano⁴⁸⁹. Se invece venisse posta in essere al di fuori del territorio italiano, questa non potrebbe aggravare il reato-base che si fosse realizzato in Italia.

La seconda implicazione, come precisato poc'anzi, riguarda l'imputazione della responsabilità. Le circostanze aggravanti si imputano al soggetto agente solo se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa. La normativa introdotta in Italia per combattere il negazionismo, non si vincola ai soli crimini conclamati e ampiamente conosciuti. In taluni casi, la propaganda di idee fondata sull'odio razziale, etnico, religioso o nazionale potrebbe essere aggravata dalla negazione di crimini internazionali, solo se il soggetto agente fosse stato consapevole della falsità delle sue asserzioni, e quindi fosse stato a conoscenza del fatto che gli eventi da lui negati, abbiano in realtà avuto luogo; ovvero, nel caso in cui non avesse potuto rendersi conto della realtà di tali eventi, e l'ignoranza di questi sia il frutto di un errore per colpa a lui imputabile. Se, invece, si trattasse di reato autonomo, la negazione sarebbe imputabile solo a titolo di dolo.

⁴⁸⁸ Ad esempio attraverso la pubblicazione su un sito italiano di tesi negazioniste.

⁴⁸⁹ Così non è stato per il caso *Toben* in Germania. Nel 2000 è stato condannato un cittadino australiano per aver pubblicato, sul suo sito Internet in Australia, opinioni negazioniste.

Altre implicazioni derivanti dalla qualificazione della fattispecie come circostanziale o autonoma attengono all'individuazione del momento consumativo, importante per la decorrenza dei termini di prescrizione, ed alla configurabilità dell'eventuale tentativo⁴⁹⁰.

3.2. La tesi del “titolo autonomo di reato”

Ebbene, c'è chi, con tutte le conseguenze del caso, ha visto nel comma 3-*bis* dell'art. 3 l. 654 del 1975, nonostante la formale “etichetta” di circostanza, una fattispecie autonoma di reato⁴⁹¹. Anche dalla lettura degli atti parlamentari emerge che, già in quella sede, più parti abbiano ritenuto che il testo, così come definitivamente approvato, avrebbe introdotto un titolo autonomo di reato⁴⁹².

I sostenitori di tale tesi sottolineano che non si fa più uso della locuzione “la pena è aumentata”, che avrebbe ricondotto la disposizione alla categoria delle aggravanti. Inoltre, l'attuale fattispecie si apre con una forbice edittale particolarmente severa, determinata nel *quantum*⁴⁹³. In questa direzione sembra, poi, spingere anche il criterio forte del rapporto di specialità tra le condotte disciplinate dal comma 1, e il negazionismo di cui al comma 3-*bis*. La nuova disposizione, pur non rinviando *per relationem* al comma 1, prende come punto di riferimento tali condotte; si instaura quindi un legame tra le due disposizioni che segnalerebbero l'esistenza di due condotte diverse.

Ovviamente, se si accede all'idea che il comma 3-*bis* abbia introdotto una fattispecie autonoma di reato, le implicazioni a cui si va incontro, oltre a quelle sopra menzionate, si riversano, data la forbice edittale da due a sei

⁴⁹⁰ Da un lato molto problematica la possibilità di configurare il tentativo circostanziato, dall'altro l'art 56 c.p. regola il tentativo di reato.

⁴⁹¹ In questo senso SCOTTO ROSATO A., *op. cit.*, 294 ss.

⁴⁹² In questo senso si sono espressi: Sarro, Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 629 del 23 maggio 2016, pag. 46, Sisto, pag. 107, Molteni pag. 109, Dambruoso, pag. 119, in Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 634 di mercoledì 8 giugno 2016; già al Senato era stata sottolineata quest'ipotesi, date le modifiche introdotte dall'emendamento 1.401, v. senatore Palma pag. 187, senatore Caliendo pag. 189, in Fascicolo Iter DDL S. 54-B.

⁴⁹³ Ma ciò non esclude a priori che si tratta di circostanza aggravante.

anni di reclusione, anche sull'applicabilità di diversi istituti di diritto sostanziale e processuale: la particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p., la sospensione condizionale della pena ex art. 163 c.p., la sospensione del procedimento con messa alla prova ex art. 168-bis c.p.⁴⁹⁴.

3.3. Gli elementi della fattispecie: analisi

Veniamo all'analisi della nuova fattispecie.

La disposizione è disciplinata dal comma *3-bis* dell'art. 3 l. 654/1975. Dunque, topograficamente, si colloca all'interno del reato-base, cui fa riferimento l'aggravante.

Diversamente dall'art. 3, d.l. 26 aprile 1993, n. 122 conv., che prevede come aggravante comune la circostanza che il fatto di reato sia commesso per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, la novella introduce un'aggravante speciale⁴⁹⁵, che si applica, cioè, solo alle fattispecie di propaganda, istigazione o incitamento previste dall'art. 3 della legge contro il razzismo del 1975. Si tratta, per l'appunto, dei delitti di propaganda di idee razziste e di istigazione alla commissione di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, primo comma, lett. *a*); dei delitti di istigazione alla commissione di atti di violenza o di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici nazionali o religiosi (art. 3, primo comma, lett. *b*); dei delitti di partecipazione, assistenza, promozione, direzione di un'organizzazione, un'associazione, un movimento o un gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, 3 comma).

Si osservi che i delitti cui può applicarsi l'aggravante in parola, in termini differenti da quanto previsto nelle precedenti versioni del d.d.l., non

⁴⁹⁴ Si tratterebbe di istituti che sono ai limiti dell'applicabilità; in alcuni casi il loro uso è escluso visto i limiti edittali per l'imputato accusato di negazionismo.

⁴⁹⁵ In questo senso LEOTTA C., *In Gazzetta ufficiale la legge che da rilevanza penale al negazionismo*, in *Quotidiano Giuridico (ed. web)*, 29 giugno 2016.

sono tutti quelli contemplati dall'art. 3 l. n. 654/1975, bensì solo quelli che si estrinsecano in una forma di manifestazione del pensiero (propaganda, istigazione, incitamento). La circostanza – che comporta l'irrogazione della pena della reclusione da 2 a 6 anni – non è, dunque, applicabile agli atti di discriminazione violente o non, mentre lo è alle condotte associative dell'art. 3, 3 comma.

Venendo ai profili strettamente attinenti la tipizzazione della condotta punibile, la *littera legis* stabilisce che il *quid pluris* di offesa che giustifica l'aggravio sanzionatorio, si realizza nel momento in cui la propaganda d'idee razziste, l'istigazione o l'incitamento alla discriminazione “si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra...”.

Alla luce di ciò, è da ritenersi che sia penalmente apprezzabile non qualsiasi discorso negazionista, ma solo quello che “si innesta” su di una comunicazione che già manifesti i tratti caratterizzanti del c.d. *hate speech*, ponendo in pericolo la pacifica convivenza sociale⁴⁹⁶. È questo, peraltro, un criterio interpretativo che può desumersi dalla stessa sentenza *Perincek* della Grande Camera della Corte EDU che richiama la giurisprudenza di Strasburgo sui limiti tollerabili alla libertà del pensiero in caso di “discorso d'odio” (art. 10 CEDU).

In ogni caso, tre sono gli aspetti principali da esaminare nella struttura della nuova aggravante.

Innanzitutto è detto – ed è una scelta densa di aspetti e ricadute problematiche – che si puniscono le condotte dei reati-base (propaganda, istigazione e incitamento) “che si fondano in tutto o in parte sulla negazione” non solo della *Shoah*, ma anche dei “crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra”. Dunque, l'oggetto delle negazioni punibili non è limitato al solo sterminio degli ebrei ma,

⁴⁹⁶ In questo senso LEOTTA C., *op. cit.*

allineandosi alle indicazioni provenienti dall'Unione Europea rispetto alla lista dei crimini che possono divenire oggetto delle condotte punibili, il legislatore accoglie il modello c.d. di “negazionismo derivato”⁴⁹⁷. Anche la disposizione italiana, così come la Decisione Quadro, svincola l'incriminazione dall'esperienza storica della regione europea, agganciandola al sistema globale dei diritti umani. Da un lato, infatti, si menziona l'esperienza della Shoah, di cui viene implicitamente presupposto il valore, per così dire, fondativo, soprattutto sul piano europeo. Dall'altro, si rinvia al piano internazionale e al ‘nuovo’ accordo costituito dallo Statuto della Corte penale internazionale⁴⁹⁸.

Sul punto, è bene sottolineare che il legislatore, nell'indicare i fatti di cui è fatto divieto di negazione, ha utilizzato, per l'Olocausto, un criterio di ordine storico, menzionando il macro-evento Shoah, per gli altri crimini internazionali, un criterio di ordine giuridico, facendo riferimento allo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale⁴⁹⁹. È opportuno sottolineare questa formulazione, perché sembra sancire una differenza, quasi che rispetto alla Shoah vi sia una storia “stabilita” ed “accertata”. Ciò pone una serie di problemi. Si può “stabilire” un fatto storico? Se sì, da chi è accertato? E in che termini? Perché il genocidio nazionalsocialista viene menzionato in termini storici, o comunque non “solo” giuridici, mentre gli altri crimini vengono declinati “soprattutto” autonomamente e

⁴⁹⁷ DE FLAMMINEIS S., *Riflessioni sull'aggravante del “negazionismo”: offensività della condotta e valori in campo*, in *dir. pen. contemp.*, 2017.

⁴⁹⁸ FRONZA E., *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, in *Parola alla difesa*, 1/2016.

⁴⁹⁹ DELLA MORTE G., *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *SidiBlog*, giugno 2016, suggerisce due interpretazioni per come intendere il rinvio operato dalla disposizione agli articoli 6,7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale. Secondo una prima ricostruzione il riferimento ai crimini dovrebbe essere inteso quale un richiamo alla sola questione definitoria ma tre ordini di ragioni (logico-testuale, deduttivo, teleologico) ostacolano tale interpretazione. L'insieme di queste obiezioni spingerebbe a preferire una seconda impostazione secondo la quale, da un lato c'è la Shoah, dall'altro il “genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra” compresi alla luce dello Statuto e della legge di adattamento. Neppure questa soluzione è priva di controindicazioni, poiché lo spartiacque sarebbe storico.

giuridicamente? Si vuole in questo modo già sancire, a livello legislativo, una gerarchia delle memorie⁵⁰⁰?

Non sono gli unici interrogativi che questo aspetto pone. Infatti, il legislatore aderisce alla dinamica espansiva e di trasformazione della fattispecie originaria di negazionismo, con una conseguente estensione dell'arco temporale che, pertanto, dovrà essere oggetto di valutazione di volta in volta, e non sarà più storicamente delimitato dalla *Shoah*⁵⁰¹: non più esclusivamente fatti appartenenti a decodificazioni sedimentate del passato, ma anche dei crimini attuali o appartenenti ad un passato prossimo, rispetto al quale la riflessione storica è ancora in corso⁵⁰².

La formula che ne risulta, come in molte altre legislazioni nazionali, è molto indeterminata e non consente di individuare a quali genocidi potrebbe essere applicata. Pertanto, rimangono irrisolti i problemi in termini di definizione del nucleo di tipicità. Si assegna un ruolo centrale al rito penale e un grande peso al giudice, vero *dominus* della punizione del negazionismo⁵⁰³.

Secondo aspetto significativo è che l'ordinamento italiano limita la punizione del negazionismo alla sola "negazione". Non la si affianca, come pure richiedeva la Decisione quadro del 2008 e come si riscontra in altri ordinamenti, né ad una condotta di giustificazione, né di minimizzazione grossolana, né di apologia o cerebrazione. Questa è una scelta che è stata fatta sin dalla fase preliminare dei lavori che hanno portato all'incriminazione del negazionismo in Italia.

⁵⁰⁰ FRONZA E., *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, cit.

⁵⁰¹ FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, cit., 1028.

⁵⁰² V. DELLA MORTE G., *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *SidiBlog*, giugno 2016.

⁵⁰³ Estremamente critico rispetto a questo ruolo del giudice, non solo con riguardo al reato di negazionismo, ma anche nel più ampio contesto dei crimini contro l'umanità, PULITANO' D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, 16 ottobre 2015.

Ma che cosa si intende allora per “negazione”⁵⁰⁴? Il verbo negare significa “il contrario di affermare, dichiarare il non vero, non ammettere una verità assoluta”⁵⁰⁵. Si comprende che i confini dell’atto del negare sono inesistenti in relazione a fatti di elevata complessità storico-fattuale e diventano ancora meno evidenti se si relativizza il suo significato attraverso la formula “si fondano in tutto o in parte”. Confini, tuttavia, necessari nell’ottica di una verità giudiziale che si pone, o si dovrebbe porre, in termini di bianco/nero⁵⁰⁶. Come si delinea il confine tra la minimizzazione, prevista dalla Decisione Quadro e in molte legislazioni, e la negazioni di fatti, non circoscritti in altro modo, se non tramite il riferimento alla loro realtà complessiva, come accade per l’Olocausto⁵⁰⁷? Quando si tratta di negazione della Shoah, e quando invece di minimizzazione? In altre parole, quando un soggetto può considerarsi penalmente responsabile per aver negato un crimine? Quando, invece, la sua responsabilità penale è esclusa, poiché si è trattato di minimizzazione, ragion per cui la sua condotta non integra il fatto tipico di reato⁵⁰⁸?

Ancora una volta il giudice è tenuto a calarsi in un orizzonte molto esteso, privo di un confine preciso tra le diverse possibilità di manifestazione del negazionismo. Il comma 3-*bis*, infatti, non indica i comportamenti tipizzati. La lettura della disposizione suggerisce che saranno punibili le condotte di negazione di un fatto storico come tale⁵⁰⁹, di

⁵⁰⁴ Se lo chiede anche SCOTTO ROSATO A., *op. cit.*, 294-295.

⁵⁰⁵ Cfr. il verbo “negare” su Treccani in <http://www.treccani.it/vocabolario/negare/>.

⁵⁰⁶ Per una serie di principi costituzionalmente garantiti, oltre che per una logica di base, la verità processuale tende alla certezza che i fatti, oggetto dell’accertamento giudiziale, corrispondono alla realtà. La presunzione di non colpevolezza impone al giudice di condannare l’imputato solo se quest’ultimo risulti colpevole dei fatti contestategli oltre ogni ragionevole dubbio. Cfr. STELLA F., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, 5: “nel linguaggio legale così come in quello della fisica classica, non c’è posto per risultati probabilistici: è impensabile un concetto di probabile colpevolezza, così come nella fisica classica non c’è spazio per cause ed effetti probabili”.

⁵⁰⁷ V. CAPUTO M., *op. cit.*, 49, per cui se i fatti di cui fa riferimento fossero indicati nella norma puntualmente e in maniera circoscritta, il reato di negazionismo godrebbe di maggior determinatezza.

⁵⁰⁸ V. FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso*, *cit.*

⁵⁰⁹ Ad esempio “i campi di concentramento non sono mai esistiti”, cioè affermazioni di carattere “storico” sulla veridicità dei nudi fatti.

negazione che giustifica o minimizza un fatto storico⁵¹⁰ ed infine di negazione come affermazione che rifiuta una determinata qualificazione giuridica (legislativa e/o giurisprudenziale) del fatto storico⁵¹¹. L'esegesi della disposizione non consente di escludere che siano punibili tutte e tre le condotte menzionate; anzi, il rinvio ai criteri definatori dei crimini dello Statuto della Corte penale internazionale rinforza tale interpretazione⁵¹².

La disposizione, formulata in modo così impreciso, non permette inoltre di individuare se sia possibile punire anche la negazione di singoli episodi storici, o solo quella del macrofenomeno storico. Né essa consente esattamente di dire a quali genocidi, crimini contro l'umanità e crimini di guerra essa potrebbe essere applicata. Siamo certi, ad esempio, che negare l'esistenza delle camere a gas significa negare la Shoah? In altri termini: che cosa è Shoah?

La terza questione che solleva l'aggravante si pone in riferimento alla qualificazione della condotta punibile; la disposizione vigente, richiedendo che i comportamenti siano "commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione", prevede il requisito dell'idoneità e del pericolo concreto, legato ai concetti di propaganda, istigazione e incitamento.

Tale formulazione sembra recepire la clausola di offensività contenuta nella Decisione Quadro, laddove si esige l'incriminazione di condotte poste in essere "in modo atto a istigare alla violenza o all'odio"⁵¹³. Nel comma 3-*bis* il pericolo di diffusione è concepito come evento normativo. In altri termini "il pericolo di diffusione" non è una mera potenzialità (idoneità della condotta a comportare, possibilmente, il pericolo di diffusione), ma una conseguenza che deve derivare dalla modalità della

⁵¹⁰ Ad esempio "gli ebrei andavano sterminati perché..."; "il genocidio nazional-socialista non ha ucciso sei milioni di persone" o "...non è stato un fatto poi così atroce".

⁵¹¹ Ad esempio "il genocidio X non fu un genocidio, bensì un atto necessario di guerra giustificato da..."

⁵¹² In questo senso FRONZA E., *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, cit.

⁵¹³ V. DE FLAMMINEIS S., *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, in *dir. pen. contemp.* (ed. web), 2017, 6 ss.

condotta (non “in modo che possa derivare”, ma “in modo che derivi”:
come se fosse scritto: “se ne deriva concreto pericolo di diffusione”).

Tuttavia, avendo l’evento natura normativa e intrinsecamente ipotetica, poiché è un evento di pericolo, il giudice dovrebbe apprezzare la verifica di un pericolo di diffusione, cioè la sussistenza effettiva di una situazione di pericolo di diffusione (insomma: un pericolo effettivo). Di fatto, quindi, si tratterebbe di apprezzare un’idoneità, secondo l’*id quod accidit*, di diffusione⁵¹⁴. Tutto questo con buona pace del principio di offensività.

Dunque, con ogni probabilità la partita circa la sussistenza nei casi concreti della circostanza aggravante in esame si giocherà piuttosto che sul piano del pericolo di diffusione del pensiero, su quello dell’accertamento circa la realizzazione della condotta (e la volontà di porla in essere) di propaganda, istigazione o incitamento della negazione⁵¹⁵.

Tra l’altro non manca chi⁵¹⁶ nota una forte imprecisione e contraddittorietà della disposizione in riferimento a tale elemento. In questo senso, che propaganda, istigazione e incitamento debbano commettersi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione non significa affatto che si richieda un pericolo concreto per il bene giuridico – quale che sia –, visto che il pericolo non è riferito ad esso, ma alla “diffusione”; al contrario in base a tale formulazione non occorrerebbe neppure che l’asserzione negazionista sia stata diffusa.

Spostando lo sguardo dal piano oggettivo a quello dell’elemento soggettivo, la tecnica di tipizzazione pone il problema, strettamente collegato a quello della mancanza di determinatezza, del criterio di imputazione soggettiva della circostanza aggravante ex. art. 59, comma 2 c.p. Il quesito che immediatamente si pone è se occorra la “effettiva

⁵¹⁴ In questo senso FRONZA E., *Prima osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, cit., 7.

⁵¹⁵ DE FLAMMINEIS S., *op. cit.*, 4 ss.

⁵¹⁶ CAVALIERE A., *op. cit.*, 1015 ss.

conoscenza” o se sia sufficiente la “colpevole ignoranza” degli elementi dell’aggravante. Un errore “non colpevole” sulla definizione dei fatti definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale impedisce l’imputazione soggettiva dell’aggravante? E ancora si può imputare un’aggravante di questo tipo per colpa?

Tale disposizione potrebbe risultare inapplicabile a causa dell’introduzione di un onore probatorio difficilissimo. La *probatio diabolica* dell’effettiva conoscenza, oltre che ardua, è molto labile. Il rischio è quello di debordare verso forme di presunzione di sussistenza dell’aggravante; rischio, ancor più consistente, se si tiene in considerazione che si è nell’ambito dei reati di opinione⁵¹⁷.

3.4. L’emendamento 1.401 (c.d. D’Ascola)

Tornando al profilo della tipicità oggettiva e in particolare al “concreto pericolo di diffusione” è interessante notare che nel lungo e travagliato *iter* parlamentare, durato più di tre anni, le posizioni non sono state unanimi.

Si è discusso molto durante i lavori preparatori sull’alternativa con un requisito più esplicito di istigazione o con quello della “pubblicità” della condotta. Proprio in riferimento a questo aspetto – di vitale importanza per la compatibilità dell’aggravante con un diritto penale moderno, costituzionalmente orientato e offensivo – si è venuta a creare una situazione di particolare tensione.

Dopo la prima proposta del Senato approvata l’11 febbraio 2015⁵¹⁸ e la controproposta della Camera approvata il 13 ottobre 2015, il successivo passaggio in Senato costituisce una fase cruciale⁵¹⁹ per il testo

⁵¹⁷ V. FRONZA E., *Prime osservazioni, cit.*, 69.

⁵¹⁸ Il primo passo si era compiuto il 15 marzo 2013, quando al Senato della Repubblica viene presentato il disegno di legge n. 54 in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l’umanità e crimini di guerra.

⁵¹⁹ In questa fase si è venuta a creare una situazione paradossale, tanto da far sorgere anche questioni di correttezza formale delle procedure di votazione, così come disciplinate dal

definitivamente approvato. Al testo proposto dalla II Commissione permanente, sul quale si era trovato un accordo quasi all'unanimità, soprattutto per quanto riguarda il requisito della pubblicità delle condotte⁵²⁰, è posto l'emendamento 1.401 che porta la firma del presidente della Commissione⁵²¹. Si tratta di un emendamento c.d. "canguro", che introducendo una modifica essenzialmente sostitutiva dell'intero testo emendato, fa decadere tutti gli altri emendamenti che a tale testo si sarebbero riferiti, creandone uno *ex novo*. Durante la seduta n. 619 del 3 maggio 2016 viene votato e approvato, sostituendo completamente il testo proposto dalla II Commissione Permanente. La modifica sostanziale si è concentrata sulle modalità di esternazione della condotta: da un lato il significato e la funzione dell'avverbio "pubblicamente", che la Commissione Giustizia aveva nuovamente riproposto per delimitare l'area del penalmente rilevante; dall'altro, l'introduzione del concetto contenuto nella formula "concreto pericolo di diffusione".

Secondo il senatore on. Prof. D'Ascola⁵²², gli elementi qualificanti tale emendamento sono da ricondurre alla "ben più evoluta e costituzionalmente orientata espressione: "in modo da cagionare concreto pericolo di diffusione". L'utilizzo di questa formula eliminerebbe la presunzione di pericolosità insita nel concetto espresso dall'avverbio "pubblicamente" o dall'aggettivo "pubblico". Il fatto stesso che una condotta sia esternata in pubblico, infatti, non significa necessariamente che

regolamento interno come nota SCOTTO ROSATO A., *op. cit.*, 292. L'emendamento 1.401, sostituendo complessivamente il testo del disegno di legge, ha reso impossibile una valutazione del testo proposto dalla II Commissione Permanente, poiché una volta emendato, non vi sarebbe la necessità di una nuova votazione. Ciò in ossequio al principio del *ne bis in idem*. Estremamente critico il senatore Malan, che afferma: "C'è il *bis* ma non l'*idem*!"

⁵²⁰ Cfr. la relazione della senatrice Capacchione, pag. 130 ss., in Fascicolo Iter DDL S.54-B.

⁵²¹ Dal gennaio 2016 il presidente della Commissione Giustizia al Senato è il senatore Vincenzo Mario Domenico D'Ascola.

⁵²² Gli interventi del senatore D'Ascola sono consultabili alle pagine 163 ss. e 229 ss., in Fascicolo Iter DDL S. 54-B.

ciò determini un concreto pericolo di istigazione⁵²³. Trovandosi nel “tema caldo che determina un intrecciarsi del reato di pericolo e del reato di opinione”, si tratterebbe di un modo più garantista per punire quelle sole condotte capaci di ledere concretamente beni protetti. Inoltre, che una condotta debba essere pubblica ai fini della sua rilevanza penale, può forse considerarsi un’esigenza “anacronistica”; l’avvento di Internet e lo sviluppo dei nuovi mezzi di comunicazione hanno definitivamente demolito il confine tra pubblico e privato⁵²⁴.

C’è però da dire che l’idea che il “concreto pericolo di diffusione” rappresenti una garanzia in più rispetto al carattere “pubblico” di una condotta riesce vera solo in parte, qualora il giudice, cioè, si limiti a giudicare esclusivamente quelle condotte capaci concretamente di istigare: è il giudice a cui, stando così le cose, viene conferito un ampio margine di discrezionalità. Al contrario, l’art. 266 c.p. definisce quando un reato debba considerarsi avvenuto “pubblicamente”, stabilendo così un limite legale per il giudice. Dunque, l’eliminazione del requisito della “pubblicità” si risolve in una modifica meno garantista, poiché elusiva del principio di legalità⁵²⁵.

In realtà, tale limite si è voluto eliminare per consentire un intervento in quelle situazioni recenti, legate al fenomeno del terrorismo, che il requisito della “pubblicità” avrebbe potuto rendere immuni dalla rilevanza penale⁵²⁶.

Forse sarebbe stato preferibile mantenere l’avverbio “pubblicamente” per le condotte base di cui alle lettere a) e b) del comma I, e l’aggettivo “pubblico” per le condotte previste dal nuovo comma 3-bis, ed eventualmente inserire la formula del “concreto pericolo di diffusione”,

⁵²³ PULITANO’ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio*, in *dir. pen. contemp.*, ottobre 2015.

⁵²⁴ Sul confine tra pubblico e privato nella società di oggi, cfr. RODOTA’ S., *Il diritto di avere diritti*, 2013, 118.

⁵²⁵ In questo senso SCOTTO ROSATO A., *op. cit.*, 293.

⁵²⁶ Cfr. Sen. D’Ascola, in Fascicolo Iter DDL S. 54-B, pag. 230, dove si legge che l’espressione “concreto pericolo di diffusione consente oggi, con il nemico alle porte – mi riferisco al terrorismo – di punire condotte che sfuggirebbero a una punibilità incentrata sull’aggettivo “pubblico”.

qualora tali condotte avessero avuto ad oggetto la negazione. Trattandosi di un fenomeno che non tutti ritengono di dover contrastare con il diritto penale, l'utilizzo di una ripetizione avrebbe avuto il senso di un ulteriore restringimento della rilevanza penale esprimendo al contempo un maggior richiamo al principio di offensività e al volto costituzionale dell'illecito penale, considerato che la libertà di manifestazione del pensiero costituisce una "pietra angolare" dell'ordinamento democratico⁵²⁷.

3.5. Le divergenze con la disciplina europea

Senza dubbio è in nome della Decisione Quadro 2008/913/GAI che il progetto d'incriminazione del negazionismo è avanzato anche in Italia. Se si confrontano le due normative, però, molte sono le divergenze.

Innanzitutto la legge adottata dal Parlamento italiano ha per oggetto la "propaganda", che manca del tutto nella Decisione 2008/913/GAI, "ovvero l'istigazione e l'incitamento, commesso in modo che derivi concreto pericolo di diffusione". A ciò si aggiunga che anche ad un esame comparativo della lista dei crimini che beneficiano di questa tutela ulteriore si riscontrano delle rilevanti differenze. La Decisione si riferisce a: genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra e crimini previsti nello Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga, cioè, *in primis*, aggressione. Differentemente, la legge italiana si riferisce alle sole prime tre categorie, ma non alla quarta⁵²⁸, e con la significativa aggiunta della Shoah.

⁵²⁷ Così SCOTTO ROSATO A., *op. cit.*, 294.

⁵²⁸ SCOTTO ROSATO A., *op. cit.*, 304, nota che tale crimine non viene richiamato né dal testo iniziale del DDL n. 54, né dal testo definitivamente approvato. Non è chiaro perché questo crimine sia stato escluso dal novero di quelli che non si possono negare, dal momento che costituisce una forma di azione che ha sicuramente delle conseguenze politiche enormi nella comunità internazionale, probabilmente più grandi di quelle degli altri crimini internazionali. Tra l'altro significherebbe che l'aggressione da parte di uno Stato nei confronti di un altro Stato, può essere lecitamente negata o minimizzata.

Non occorre un particolare sforzo di esegesi per rendersi conto della diversa portata della norma⁵²⁹. Mentre nel caso della Decisione viene richiesto agli Stati membri di punire condotte improntate all’“apologia”; alla “negazione” o alla “minimizzazione grossolana dirette pubblicamente contro un gruppo di persone ... in modo atto a istigare alla violenza e all’odio”, nel caso italiano il negazionismo si atteggia come una sorta di aggravante rispetto ai reati di discriminazione razziale e di xenofobia. Tuttavia, il campo di azione di tale ultima disposizione è amplissimo e molto intrusivo. E non solo perché si è eliminata la parola “pubblicamente”, ma anche perché si estende la punibilità (“dai due ai 6 anni” contro la durata massima compresa tra uno e tre anni prevista dall’art. 3 della Decisione Quadro), nei casi in cui la propaganda, l’istigazione e l’incitamento si fondino sulla negazione “in tutto o in parte” di un novero di crimini che contemplano anche quelli di guerra. Questi ultimi includono fattispecie anche minori.

Né vale obiettare, come si è chiarito, che nella legge approvata si stabilisce che siano punite le condotte compiute “in modo che derivi concreto pericolo di diffusione”. Infatti, come sia possibile, con le attuali tecnologie, che tale pericolo non si concretizzi, non è dato sapere⁵³⁰.

Proprio per ovviare a tali inconvenienti, la Decisione Quadro aveva aggiunto, all’art. 1, par. 4, che gli Stati disponevano della facoltà di rendere punibili esclusivamente quei crimini che fossero accertati “da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di uno Stato membro o di un tribunale internazionale, oppure esclusivamente da una decisione passata in giudicato di un tribunale internazionale”. Tuttavia,

⁵²⁹ Cfr. DELLA MORTE G., *Sulla legge che introduce le punizioni delle condotte negazionistiche nell’ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *SIDiblog*, giugno 2016.

⁵³⁰ Cfr. DELLA MORTE G., *op. cit.*, nota che a prendere seriamente la norma, anche un semplice *post* potrebbe condurre ad una condanna di negazionismo: basterebbe che ci si limiti a giustificare dei crimini di guerra compiuti nel corso di operazioni militari condotte da gruppi accusati di politiche discriminatorie.

quando il Parlamento italiano ha sondato questa possibilità⁵³¹ lo ha fatto in modo approssimativo, prevedendo che nell'elenco dei crimini considerati "non negabili" si tenesse conto non solo "dei fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale" ma anche di quelli accertati in "atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l'Italia è membro". Tale ultima circostanza avrebbe esteso la "non negabilità" anche ai crimini menzionati in atti di *soft law* quali ad esempio, quelli prodotti dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (notoriamente sensibile alle istanze degli Stati non occidentali). Per questa ragione, la proposta è stata in seguito abbandonata⁵³².

4. Le criticità della nuova aggravante

Insomma, l'Italia, prima riconducibile alla minoranza dei Paesi europei che non avevano una disposizione incriminatrice apposita sul negazionismo, è ora parte della maggioranza che – seppure con significative differenziazioni dovute alla natura circostanziale – punisce, con la sanzione penale, il "pensiero negazionista".

Ovviamente, quanto detto circa l'incriminazione del negazionismo e tutte le sue contraddizioni vale anche per la circostanza aggravante introdotta nel giugno 2016⁵³³. Infatti, si fonda comunque su un aumento di pena – oltretutto verosimilmente simbolico, in quanto bilanciabile – basato sulla mera negazione della Shoah o dei crimini di cui agli artt. 6-8 dello Statuto della CPI. Anzi, la novella alimenta le perplessità⁵³⁴, a causa di diverse problematiche che suscita, anche per colpa di una cattiva tecnica legislativa. I dubbi che la modifica della legge del 1975 solleva non sono

⁵³¹ Ci riferiamo al disegno di legge n. 54-B approvato dal Senato l'11 febbraio 2015 e modificato dalla Camera dei deputati il 13 ottobre 2015.

⁵³² Cfr. DELLA MORTE G., *op. cit.*

⁵³³ Cfr. SCOTTO ROSATO A., *op. cit.*, 309.

⁵³⁴ In questo senso CAVALIERE A., *op. cit.*, 1015.

pochi ed attengono sia al piano dell'opportunità della scelta politico-criminale sia al piano tecnico-formale.

4.1. Il piano dell'opportunità politico-criminale

Sotto il primo profilo non possono sfuggire alla nuova aggravante, come già sottolineato in generale per l'astratta incriminazione del negazionismo⁵³⁵, i rischi di contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e di ricerca scientifica (art. 33 Cost.). Il tutto è potenziato considerato che il pensiero negazionista in Italia è espressione, secondo gli studiosi, di una sparuta minoranza⁵³⁶.

Quanto alla prima libertà, la novella è coerente con una più generale dinamica, e che è utile segnalare per comprendere il contesto in cui si inserisce la nuova aggravante: la moltiplicazione dei limiti alla libertà di espressione, anche attraverso il controllo penale⁵³⁷.

L'incriminazione del negazionismo, invero, fa parte del processo di moltiplicazione, trasformazione ed espansione del più variegato *genus* dei reati di opinione, con il rischio, anzi di alimentare la *renaissance* di tali fattispecie⁵³⁸. Lo schema conferma, in generale, una dinamica espansiva del diritto penale e, nello specifico, presenta una capacità espansiva in altri settori dell'ordinamento, col pericolo, che una categoria obsoleta – come i reati di opinioni – riemerge in un contesto profondamente mutato⁵³⁹. Se si

⁵³⁵ V., *infra*, Cap. III, Parte I.

⁵³⁶ V. GERMINARIO F., *Negazionismo in Italia*, in *Dizionario dell'Olocausto*, Torino, 2004, 503-507.

⁵³⁷ Così FRONZA E., *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, *cit.*, 65.

⁵³⁸ CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo: i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2 del 2016, 1002, suggerisce, in proposito l'abolizione dei reati di opinione. Essi, seppure daino luogo a poche applicazioni giurisprudenziali, costituiscono un pericolo precedente, che rimanendo vigente sul piano della legislazione ordinaria, finisce per rilegittimare le stesse tecniche strutturalmente autoritarie e quindi costituzionalmente incompatibili. E una volta che quella tecnica sia presente nella legislazione penale vigente, si finisce per impiegarla anche in rapporto ad alti fenomeni, perpetuandola ed espandendola.

⁵³⁹ FRONZA E., GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Dir. pen. contemp.*, 4, parlano di "un'espansione anomale del diritto penale".

accetta, infatti, che la libertà di pensiero possa essere limitata penalmente al fine di tutelare la verità ufficiale di un fenomeno storico tale prospettiva può riproporsi ben al di là del fenomeno della Shoah.

In effetti, la norma recentemente introdotta allarga la portata del negazionismo, in linea con la tendenza espansiva espressa in sede europea. La criminalizzazione dell'opinione, d'altro lato, è un fenomeno tutt'altro che storicizzato e continua a proliferare. Basti menzionare, a tal proposito, la ritrovata fortuna di siffatte fattispecie non solo in materia di discriminazione razziale, ma anche, parallelamente, nella normativa contro il terrorismo internazionale⁵⁴⁰.

Il ricorso allo strumento penale per contrastare le opinioni negazioniste entra in conflitto anche con l'essenza della ricerca storica. Questo vale, in generale, per la scelta di penalizzare il negazionismo ma è accentuato, data l'ampiezza delle nozioni e il rinvio allo Statuto della CPI, nella soluzione italiana⁵⁴¹. Il *vulnus* raggiunge il suo apice nel momento in cui alla decisione del giudice è affidata la selezione di quali fatti, nell'ambito del *puzzle* di memorie storiche, vadano tutelati penalmente. Al di fuori della Shoah (connotata, come si è visto, nella disposizione vigente secondo un criterio storico) spetta, infatti, al giudice dover selezionare e qualificare un fatto storico come "crimine internazionale".

Tale profilo è ancora più rilevante se si riflette sul dato che i giudici dovranno rapportarsi con una dimensione temporale più estesa, in alcuni casi remota, giudicando non tanto un comportamento realizzato, bensì il racconto che se ne dà oggi. Ai giudici potrà capitare, altresì, di doversi confrontare con una dimensione più vicina, interpretando e riconoscendo come crimini determinati fatti storici, magari ancora nemmeno studiati e vagliati dagli storici. Anche la disposizione italiana è dunque scolpita in

⁵⁴⁰ Cfr. il resoconto della seduta del Senato del 3 maggio 2016 consultabile sul sito del Senato. Si pensi all'estensione di questo fenomeno anche rispetto al contrasto all'omofobia e transfobia; per un commento su questo aspetto v. PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre?*, in *Dir. pen. contemp.*, 15 luglio 2013.

⁵⁴¹ Cfr. FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso*, cit., 1028 ss.

modo tale da far intervenire i giudici sulla storia molto più di quanto sia mai accaduto prima, con il risultato di coinvolgerli direttamente nelle “guerre di memoria”⁵⁴². Pertanto, emerge un’ulteriore caratteristica della penalizzazione del negazionismo, sia essa implementata come autonoma figura di reato o come circostanza aggravante: la tensione con la ricostruzione storica e la formazione di memorie condivise.

Il controllo penale rivela anche un’altra criticità, cioè la natura plurale delle specifiche memorie nazionali. Si crea così un effetto paradossale, conseguenza diretta dell’esistenza di tanti “ordini”, di tanti patrimoni storici e mnemonici. L’analisi comparata del mero dato legislativo conferma tale aspetto⁵⁴³: la concorrenza di memorie è infatti un dato fortemente presente. La memoria che si vuole comune, quindi, non lo è, ed anzi diviene terreno di scontro, lasciando al giudice il ruolo di “attore di memoria”, perché è a questi che spetta di trasformare il passato o il presente in memoria da sanzionare penalmente⁵⁴⁴.

Inoltre, oltre a tale centralità del processo e del giudice penale e al già segnalato pericolo di una disparità di trattamento tra condotte simili, il rischio è anche quello di perseguire affermazioni riguardanti crimini non gravi; per tale via, la dilatazione dell’oggetto prevista può dunque portare molto, troppo lontano⁵⁴⁵. Il paradigma di incriminazione costituito dal negazionismo derivato moltiplica evidentemente i casi di espressioni punibili.

È opportuno riflettere anche su un altro aspetto, già analizzato in generale per l’incriminazione del negazionismo⁵⁴⁶. Stiamo parlando dell’impatto che tale norma produce sui principi costituzionali del sistema

⁵⁴² V. PULITANO’ D., *op. cit.*, 4 e ss.

⁵⁴³ Il reato di negazionismo può avere ad oggetto la Shoah, tutti i crimini internazionali, solo i crimini dei regimi comunisti.

⁵⁴⁴ Cfr. FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso, cit.*, 1028.

⁵⁴⁵ Tra i crimini di guerra, ad esempio, “definiti” dallo Statuto della Corte penale internazionale sono ricompresi anche crimini con una soglia di gravità molto bassa. Potrebbe punirsi la negazione di un crimine di guerra costituito dall’operazione di guerra condotta da Milosevic per liberare Mostar? In questo senso sempre FRONZA E., *op. cit.*, 1029.

⁵⁴⁶ V., *infra*, Cap. III, Parte I.

penale “moderno” ed in particolare sul principio di offensività. Occorre quindi verificare la copertura costituzionale di questa norma, ovvero l’oggettività giuridica protetta nel rapporto con i limiti sanciti dalla previsione normativa della libertà di espressione⁵⁴⁷.

Senza dubbio si ripropongono nel nostro ordinamento, con l’entrata in vigore della legge 16 giugno, n. 115 e del nuovo comma 3-bis, i riflessi della storica sentenza della Corte Costituzionale spagnola che era intervenuta nella delicata questione⁵⁴⁸. Ci si deve nuovamente interrogare oggi, infatti, sui limiti legittimamente applicabili alla libertà di opinione costituzionalmente garantita⁵⁴⁹: essa può essere compressa solo se ciò avviene per garantire altri valori giuridici di rango costituzionale ritenuti maggiormente meritevoli di tutela. Chiaramente, la questione si riduce per via della scelta compromissoria di non individuare una fattispecie autonoma di reato, bensì una circostanza aggravata, ma non eliminata: anche per giustificare un *surplus* di pena è necessario un *quid pluris* in termini di offesa.

Il parametro di bilanciamento non può che essere un principio di rango costituzionale: andrebbe rivolto lo sguardo in primo luogo al diritto inviolabile alla dignità umana sia come singolo sia nelle formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost. Tale bene giuridico, tuttavia, potrebbe soffrire di un *deficit* di determinatezza, laddove si pensi alla dignità umana in astratto. E poi, occorre osservare che la libertà di pensiero è parte della dignità umana; dunque, non si potrebbe limitare la libertà di pensiero per tutelare la dignità umana essendo questi due valori sovrapponibili e facendo parte dello stesso

⁵⁴⁷ La questione è affrontata anche da FORTI G., *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell’iper comunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2016, 1053 ss, il quale provocatoriamente osserva: “altri beni giuridici o altro che beni giuridici?”.

⁵⁴⁸ Corte Cost. spagnola, sentenza n. 253 del 2007. La sentenza è già stata analizzata nel Cap. II, par. 2.2. In sintesi secondo l’ordinamento costituzionale spagnolo i fatti storici ovvero la verità storica non sarebbero un bene giuridico da tutelare, trattandosi di un elemento neutro dal punto di vista del valore giuridico; al contrario la loro valutazione, allorchè assuma una valenza istigatoria all’odio razziale, sarebbe suscettibile di incriminazione penale a tutela del “*derecho de gentes*”.

⁵⁴⁹ Cfr. DE FLAMMINES S., *op. cit.*, 1 ss.

genus di diritti dell'uomo⁵⁵⁰. Perciò una scelta di prevalenza della tutela della dignità umana in astratto sulla protezione della dignità del singolo individuo che manifesta il proprio pensiero potrebbe considerarsi in concreto irragionevole secondo il parametro di ragionevolezza ed uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

4.2. Il piano tecnico-formale

Il recente intervento legislativo se può essere considerato confacente – seppure con le necessarie precisazioni fatte – ai principi di materialità e offensività, non riesce ad essere sufficientemente determinato: l'aggravante della negazione dei crimini internazionale viola clamorosamente il principio di precisione⁵⁵¹.

Ad una lettura della nuova fattispecie circostanziata, a risaltare è l'indeterminatezza che la connota, tanto più se si tiene in considerazione che già il fatto base tipizzato dall'art. 3 della c.d. legge Mancino presenta una vaghezza intrinseca⁵⁵². Si ottiene, in questo senso, un effetto esponenziale: una disposizione indeterminata si innesta su un'altra, a sua volta indeterminata⁵⁵³. La sensazione è quella d una norma che poteva essere scritta meglio, al fine di evitare tensioni, invero assai marcate nel testo vigente, con il principio di precisione descrittiva e di pregnanza del fatto, parte irrinunciabile del *nullum crimen sine lege* e strumento di garanzia sostanziale dai rischi dell'arbitrio giudiziario⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ Cfr., sul tema, AMBROSI A., *La memoria collettiva e pubblica di massacri e genocidi tra dovere costituzionale di solidarietà e libertà individuali*, in RIONDATO S. (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia?*, Padova, 2012.

⁵⁵¹ V. PUGLISI G., *op. cit.*, 21.

⁵⁵² L'art. 3, su cui si è inserita la circostanza aggravante, punisce “la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o l'istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”. Si tratta di una figura, che oltre ad essere incentrata sui motivi, non richiede la pubblicità della condotta.

⁵⁵³ V. FRONZA E., *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, *cit.*, 66.

⁵⁵⁴ In questo senso anche LEOTTA C., *In Gazzetta Ufficiale la legge che dà rilevanza penale al negazionismo*, in *Quotidiano Giuridico* (ed. web), giugno 2016.

A proposito, è assai discutibile, in particolare, la scelta del legislatore che, forse preoccupato dall'esigenza, in sé lodevole, di tutelare le vittime di tutti i crimini internazionali (e non solo di quelli riconosciuti), ha, infine, espunto la clausola limitativa di responsabilità che richiedeva il previo riconoscimento internazionale del fatto storico oggetto di negazione. Se è vero che tale previsione poteva ingenerare attriti con il principio di pari tutela dei gruppi umani, è altresì incontrovertibile che la stessa avrebbe sortito l'effetto positivo di delimitare in modo più nitido lo spazio di rilevanza penale delle condotte punibili.

Nell'analisi degli elementi della fattispecie circostanziata si è già messo in evidenza come tutta la disposizione sia costellata di termini imprecisi e suscettibili di interpretazione estensiva. Giova qua ricordarli sommariamente⁵⁵⁵. Innanzitutto, come detto, non ci si limita alla Shoah, bensì si menzionano tutti i crimini internazionali, rinviando per la definizione di questi ultimi allo Statuto della CPI. In secondo luogo si incrimina la sola "negazione", concetto variamente interpretabile. Inoltre, con l'espressione "ne derivi concreto pericolo di diffusione", il legislatore ha previsto un pericolo concreto, che impone al giudice di accertare il pericolo di diffusione dell'opinione negazionista. Tuttavia, per quanto concerne la condotta di propaganda, in sede di accertamento, il concreto pericolo rischia di trasformarsi in pericolo astratto, se non addirittura presunto: se il giudice accerta una condotta di propaganda di discriminazione fondata "in tutto o in parte sulla negazione", il più delle volte sarà superfluo accertare che sia derivato "concreto pericolo di diffusione" dell'opinione negazionista.

⁵⁵⁵ Altro aspetto problematico (questa volta con il principio di colpevolezza): realizzata la propaganda, imputabile a titolo di dolo generico, il fatto che ne derivi concreto pericolo di diffusione dell'opinione negazionista si imputa al soggetto senza accertare l'elemento soggettivo sotteso alla negazione. Per dare piena attuazione al principio di colpevolezza, il giudice dovrà valutare che l'individuo, ponendo in essere una condotta di propaganda di discriminazione, abbia agito con l'ulteriore scopo di diffondere la negazione di crimini internazionali ovvero potesse rappresentarsi tale rischio, e nonostante quest'eventualità, abbia ugualmente.

Questa imprecisione ed indeterminatezza, endemica al “negazionismo” ed accentuata dalla cattiva tecnica di redazione della novella italiana, ha come conseguenza quella di riversare sul giudice un compito delicato da svolgere con criteri indecifrabili. Il giudice torna protagonista anche laddove il legislatore sembrava averlo sostituito ed acquista un ruolo centrale. Diviene il *dominus* della semantica della memoria. È lui a decidere cosa del nostro passato rimane vivo (nel presente), e cosa invece può morire; in altre parole, cosa è forte e cosa è debole⁵⁵⁶. Il rischio, oltre ad un ridimensionamento della legalità, cardine del diritto penale moderno, è quello di creare una disparità di trattamento degli eventi.

4.3. Un intervento penale “simbolico”

L’importanza in concreto di tali rilievi, insieme a quanto osservato sulla vaghezza delle nozioni che caratterizza le condotte sussumibili, va tuttavia ridimensionata tenendo in considerazione la natura circostanziale della fattispecie. Questa, come già ricordato, inciderà a livello sanzionatorio solo eventualmente, trattandosi di circostanza bilanciabile, ex art. 69 c.p.: pertanto, quale semplice modalità di condotta potrebbe, in caso di concorso eterogeneo con altre circostanze, non essere valutata dal giudice, rischiando la concreta disapplicazione⁵⁵⁷.

La soluzione italiana, rispetto a quella degli ordinamenti che hanno creato una fattispecie autonoma, ha dunque natura indiscutibilmente compromissoria e non amplia l’area del penalmente rilevante ma incide su una base già esistente.

⁵⁵⁶ Così TRAVERSO E., *Il passato: istruzioni per l’uso. Storia, memoria, politica*, Verona, 51.

⁵⁵⁷ Cfr. in senso analogo (parlando di “ramo secco”) PUGLISI G., *op. cit.*, 34.

In questo senso, come è stato notato da parte della dottrina⁵⁵⁸, la portata della novella sarebbe molto ridotta, anzi nulla sotto il profilo fondamentale, quello dei confini del penalmente illecito. Una circostanza aggravante, infatti, s'iscrive, per definizione, dentro il confine tracciato dalla fattispecie base; incide sul livello sanzionatorio, non sull'estensione del divieto. Nessuna variazione nella fattispecie di base, nessuna variazione dei confini fra norma penale e libertà d'espressione. Insomma, secondo questa impostazione, l'aggravante introdotta, se correttamente interpretata, non apre la strada alla follia di una penalizzazione debordante, intrusiva nella libertà di ricerca storica. Pensata come alternativa alla creazione di una fattispecie autonoma, non potrebbe essere travisata e slabbrata come se fosse un'incriminazione a tutto campo di qualsiasi manifestazione di tipo negazionista. Manifestazioni di negazionismo *soft*, morbido, implicito, o comunque non caricate di significati di propaganda o istigazione illecita, resterebbero fuori dall'area del penalmente vietato, che risulterebbe invariata⁵⁵⁹.

Ad una considerazione solo formale, parrebbe di poter dire – con una qualche forzatura retorica – tanto rumore per nulla. Se non che è il caso di prendere atto che la sostanza sta nella forma, nella espressa proclamazione che il negazionismo è reato.

La fattispecie finisce per diventare “cartina di tornasole” di un diritto penale utilizzato in chiave simbolico–espressiva⁵⁶⁰. Il significato simbolico (a differenza della reale portata normativa) è molto forte, e ben si presta a rappresentare (in senso teatrale, di messa in scena) una presa in carico di problemi di tutela drammaticamente seri.

⁵⁵⁸ È l'ineccepibile lettura di GATTA G., *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in *Dir. pen. contemp.*, 16 febbraio 2015.

⁵⁵⁹ Cfr. PULITANO' D., *op. cit.*, 1 ss, nota che “con la progettata riforma, no acquisterebbero rilevanza penale condotte che oggi ne sono prive”.

⁵⁶⁰ Cfr. FRONZA E., *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo, cit.*, 70. Lo stesso utilizzo del termine Shoah nella disposizione è un indicatore lessicale a tale proposito.

Lo strumento della circostanza⁵⁶¹ è sufficientemente astratto da poter essere sbandierato come una “novità” della legislazione. Così l’Europa potrà lodare lo zelo con cui il “compito” è stato svolto: nel testo è infatti espressamente menzionata la condotta di “negazione della Shoah” come figura pilota e caso paradigmatico di negazione di crimini di genocidio. Anche se nella sostanza le cose non cambieranno di molto.

Si tratterebbe, allora, di una norma simbolica, nel senso negativo di tale accezione, come paradigma dell’ineffettività, un giorno della memoria collocato nell’ordinamento penale. L’obiettivo prevalente non è la punizione del reo per l’offesa portata agli interessi individuali, quanto il potere evocativo della norma come della punizione, la sanzione che richiama nella condanna il valore in nome del quale essa è stata comminata.

Il diritto penale interviene dunque con finalità puramente simboliche per tutelare e ricomporre un’identità collettiva, proteggendo e stabilizzando la memoria pubblica: ne sancisce l’importanza attraverso la norma e la pena. Il legislatore penale si fa, nella sostanza, portatore di un messaggio e non vindice della protezione di un interesse meritevole di tutela⁵⁶². È la logica della “politica criminale gridata al popolo”, del diritto penale populistico ed auto-rappresentativo⁵⁶³. Ovviamente, il tutto avviene a scapito delle ragioni dello stato di diritto e di un diritto penale concepito nell’accezione moderna e costituzionalmente orientata.

Va poi tenuto conto che la carica simbolica della norma è accentuata anche dal fatto che il fenomeno che si vorrebbe reprimere è del tutto residuale rispetto ai conflitti che agitano il tessuto sociale: a differenza di altri paesi Europei, le voci negazioniste nel nostro Paese sono isolate e

⁵⁶¹ V. BRUNELLI D., *op. cit.*, 996, osserva che la trovata dimostra le virtualità prestazionali dello strumento circostanziale, un tempo s fibrato dalle controversie sulla sua natura e bistrattato per la sua indecifrabile identità dogmatica, nonché marginalizzato nella pratica dei tribunali, ma ora al centro di una vera e propria rinascita, nella stagione della legislazione simbolica e della politica criminale gridata al popolo, in cui l’inafferrabilità concettuale si trasforma in grande duttilità di impiego.

⁵⁶² V. FRONZA E., GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l’introduzione del negazionismo come reato, cit.*, 5.

⁵⁶³ V. BRUNELLI D., *op. cit.*, 996.

afone. La loro comparsa si lega paradossalmente più alla discussione sulle norme di contrasto che ad un effettivo spazio nella pubblica opinione.

Allora, paradossalmente, una norma simile, come già mostrato da alcuni processi ai negazionisti⁵⁶⁴, pare destinata, se applicata anche in un solo processo, a fungere da “megafono” proprio a quelle tesi, che trarrebbero dallo spettacolo mediatico del processo penale ragione per trovare nuovi adepti, attirati anche solo dal carattere “persecutorio” dell’iniziativa giudiziaria⁵⁶⁵.

In positivo e in negativo, la strada intrapresa con la novella ha carattere solo simbolico, o ideologico. Sostenuta da ragioni di coerenza con uno *standard* europeo e, teoricamente difendibile – molto meglio di una incriminazione autonoma del negazionismo in quanto tale⁵⁶⁶ –, non è una svolta reale.

Quali che siano le nostre norme, le centrali di negazionismo sparse nel mondo non ne sono toccate. E nelle libere società occidentali, premere l’acceleratore sull’intervento penale, portando lo scontro sul piano giudiziario, corre il rischio di una “eterogenesi dei fini”⁵⁶⁷: di favorire il fenomeno che si vuole combattere. Sarebbe un cadere nella trappola del vittimismo di chi fa discorsi di odio: offrirebbe ai negazionisti occasioni di pubblicità e di presentarsi come martiri, vittime o di una condanna ingiusta o quantomeno di un’indebita inquisizione. E ogni sconfitta di accuse di negazionismo sarebbe una vittoria gratuitamente regalata all’avversario.

⁵⁶⁴ Si pensi, ad esempio, al processo a John Irving.

⁵⁶⁵ Cfr. PARISI S., *Il negazionismo dell’olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013, n. 4, 879 ss.

⁵⁶⁶ In questo senso PULITANO’ D., *op. cit.*, 6.

⁵⁶⁷ V. PARISI S., *op. cit.*, 892.

L'impressione avuta a prima lettura è amaramente confermata: l'aggravante della negazione è simbolica tanto nelle premesse – com'è comprensibile che sia in parte in un intervento del genere –, quanto nella formulazione.

Anche il profilo sanzionatorio ha una valenza marcatamente simbolica⁵⁶⁸. Si esclude il ricorso alla pena pecuniaria e la cornice edittale prevista (da un minimo di 2 anni ad un massimo di 6), confrontata con quella contemplata per il fatto base, sembra esprimere solo esigenze retributive e *lato sensu* general – preventive tramite un'exasperata minaccia legale. Le finalità rieducative, invece, vengono oscurate dalle modalità vaghe e indefinite di tipizzazione della fattispecie.

In fin dei conti, di un intervento del genere poteva tranquillamente farsi a meno, perché “le leggi inutili comunicano il loro avvilitamento alle leggi anche più salutari”⁵⁶⁹ e il consenso non si catalizza attraverso l'arma “a doppio taglio” del diritto penale.

Quanto fin qui indicato spinge a interrogarsi sulla possibilità che il diritto penale offra protezione contro l'impostura negazionista, rimanendo sul letto dei suoi principi fondamentali ed escludendo che la legge penale sia “trattata come un bene di consumo”⁵⁷⁰.

5. Prospettive *de iure condendo*: per una tutela non penale della storia

“Opporsi al negazionismo”⁵⁷¹ è esigenza condivisa da tutti coloro che discutono del problema, fautori o critici d'una soluzione penalistica. La

⁵⁶⁸ Cfr. PUGLISI G., *op. cit.*, 36.

⁵⁶⁹ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di VENTURI, Torino, 1965, XXXII, 80.

⁵⁷⁰ L'espressione è di SGUBBI F., *Presentazione*, in INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, 2006.

⁵⁷¹ È il titolo di una interessante raccolta di scritti: AA.VV., *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, a cura di RECCHIA LUCIANI F., PATURNO L., Genova, 2013.

discussione è sui mezzi. Dare per scontato, anzi per vitale sul piano etico e politico l'impegno contro il negazionismo, non implica affatto il dare per scontata l'opportunità di puntare sul penale.

Con il negazionismo si è senza dubbio di fronte ad un quadro molto complesso, oltre che ad un fenomeno grave e pericoloso. Il metodo negazionista scuote le fondamenta degli Stati e della società. In spregio alla stessa deontologia scientifica della ricerca storica cui pretende di appartenere ed alla libertà di opinione che usa contro i propri stessi fondamenti, esso mira volontariamente a incrinare le basi su cui gli ordinamenti democratici si fondano (pluralismo, tolleranza, uguaglianza). Sotto attacco è il momento fondatore della democrazia, i suoi valori: i diritti umani. Il piano è etico-politico, molto più che propriamente giuridico-penale⁵⁷².

L'aporia dunque si ripresenta⁵⁷³: l'attacco è profondo, grave e in grado di intaccare addirittura un momento costituente; ma lo strumento penale, che comunemente è ritenuto l'arma più potente di cui le società dispongono per contrastare le minacce che le coinvolgono, presenta molte controindicazioni. Il sospetto che non sia il mezzo più adeguato per fronteggiare questo fenomeno è forte. Anzi, per molti versi si tratta forse di una falsa via, di un sentiero subito interrotto che rischia di danneggiare alcuni di quegli stessi interessi/beni che vorrebbe proteggere.

Di fronte al negazionismo appare problematico produrre leggi penali, irrigidire la verità nello strumento giuridico⁵⁷⁴ e chiedere che venga, attraverso un processo penale, cristallizzata una consapevolezza storica in

⁵⁷² Cfr. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 169.

⁵⁷³ Sebbene il diritto penale sia oggi ancorato al principio dell'*extrema ratio* che funge da vincolo di contenuto per le incriminazioni, rimangono dei "punti scivolosi". Il nostro legislatore, di tanto in tanto, ispirato da ragioni emotivamente e eticamente condivisibili, tende a punire condotte per le quali è arduo individuare il bene giuridico offeso e che sembrerebbero reati di mera opinione. Esempio sono il negazionismo ed anche, come accennato la questione relativa alla punizione delle "dichiarazioni omofobe".

⁵⁷⁴ La verità è la verità e non ha bisogno di essere verità legale. Anzi, a partire dal momento in cui essa è verità legale diviene sospetta di poter essere strumentalizzata. Così VIDAL NAQUET P., Intervista su *Le Quotidien de Paris*, 9 maggio 1998.

una sentenza passata in giudicato. Il giudice emetterebbe una verità, che confluisce in un provvedimento – la sentenza appunto – autorevole e irrevocabile, così da sottrarre gli eventi alla dimensione fluida della memoria e della ricostruzione storica. Il rischio, però, è quello di assegnare al giudice – o anche eventualmente al legislatore⁵⁷⁵ – il ruolo di arbitro della storia⁵⁷⁶.

Il problema è che il diritto e il processo penale hanno una lingua ed una logica molto peculiari. La geometria giurisdizionale è riduttiva, quella storica è potenzialmente illimitata. E questo in virtù delle regole che disciplinano l'una e l'altra procedura. Per quanto riguarda la decisione giudiziaria, basti citarne alcune: il principio *in dubio pro reo*, i meccanismi regolativi e preclusivi delle acquisizioni del materiale processuale, il rispetto del contraddittorio, la ragionevole durata del processo. Infine, la necessità di una conclusione obbligata, *tranchante*, circa l'affermazione della responsabilità e la proclamazione dell'innocenza, che si solidifica definitivamente col giudicato.

Il giudizio storico è invece un giudizio senza fine, che ammette di rivedere una interpretazione dei fatti già data. Inoltre, ogni storico può servirsi anche di prove ottenute in modo illecito. Si aggiunga che la verità processuale non è la verità storica, come dimostra la sua cedevolezza ad esigenze di giustizia sostanziale che sono alla base dell'istituto della revisione.

La commistione profonda dei piani – giuridico e storico – che si realizza con la penalizzazione del negazionismo può generare pericolose distorsioni. Per lo storico, se la narrazione dei fatti diviene verità legale, si

⁵⁷⁵ Come nel caso della soluzione introdotta in Grecia o di quella proposta in Francia.

⁵⁷⁶ Sui pericoli di affidare ai Tribunali la decisione su una questione di storia e non di diritto cfr. CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, XVII, 1939, 105 ss.

trasforma la verità storica in verità ufficiale⁵⁷⁷, così accreditando l'idea che esista un'unica scuola storica.

Ma il rischio per la memoria e la storia di vedersi espropriate nelle loro funzioni dal momento giurisdizionale è più ampio: come già sottolineato, non soltanto è il giudice penale a circoscrivere i “fatti storicamente stabiliti”, che non potranno più essere messi in discussione, ma è sempre il giudice a decidere quale memoria, tra le tante esistenti, vada tutelata⁵⁷⁸.

Tutto ciò può determinare delle torsioni anche all'interno del processo penale, influenzandone profondamente le dinamiche in nome di uno scopo – quello di fissare una narrazione storica – del tutto eccentrico rispetto a quello istituzionale: accertare le responsabilità individuali rispetto a fatti chiaramente individuati. I processi penali aventi ad oggetto manifestazioni negazioniste devono lanciare un messaggio coerente alle istanze di giustizia delle vittime e rispondere alla forte emozione che queste vicende suscitano nell'opinione pubblica. Proprio tale emozione non può che condizionare gli esiti del processo, tanto da creare il pericolo di dare corpo ad una decisione giudiziaria appiattita su un'istanza punitiva esemplare che precede ogni accertamento.

Lo scopo principale dell'intervento penale, infatti, non sarà quello di punire i negazionisti e proteggere un interesse meritevole di tutela, così come dovrebbe essere. Bensì, attraverso la liturgia processuale, con un alto potenziale evocativo e simbolico⁵⁷⁹, diventa quello di trasmettere un messaggio all'opinione pubblica in termini di ricomposizione dell'identità collettiva e di fissazione di una memoria⁵⁸⁰.

Il rischio è di punire delle idee, un tipo d'autore, più che un fatto. Nel rispetto della sua specificità e riconoscibilità, il diritto penale non dovrebbe

⁵⁷⁷ La verità storica non dovrebbe mai divenire verità ufficiale, GINZBURG, *Il giudice e lo storico. Considerazioni a margine del processo Sofri*, Torino, 1991, 108 ss.

⁵⁷⁸ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 170.

⁵⁷⁹ V., *infra*, Cap. III, Par. 4.3.

⁵⁸⁰ V. FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, cit., 171.

mai intervenire per punire chi non è fedele a dei valori – sia pure condivisi dalla maggioranza, sia pure stabiliti, sia pure consacrati in una sentenza passata in giudicato –, chi non li accolga come verità e non li condivida, pena il ritorno a modelli di stampo autoritario.

Eppure, quando l'ordinamento, con lo strumento penale – fortemente invasivo dei diritti fondamentali – interviene a tutelare un momento fondatore, l'ordine della memoria, la “verità” storica stabilita, interviene esattamente sul piano dei valori che devono orientare la nostra società. Si entra allora nella complessa dialettica tra diritto e valori. I valori, certo, sono tutelati e promossi dal diritto penale. Quest'ultimo, tuttavia, non può trasformarsi in uno strumento in cui in luogo dell'accertamento della responsabilità penale individuale vengano additati simbolicamente valori fondanti, con la conseguente sovrapposizione tra funzioni repressive e funzioni etico-politiche. Per di più, la tutela della libertà comune riposa in tal caso, in modo del tutto aporetico, sulla compressione di quei medesimi diritti fondamentali che ne sono la base ed il portato⁵⁸¹.

Dunque, le norme penali contro il negazionismo sarebbero una falsa soluzione, una scorciatoia, che rischia di andare nella direzione di quel male che si vuole combattere, con l'ulteriore rischio di trasformare gli imputati in martiri della libertà di espressione⁵⁸².

Va, inoltre, ricordato che esistono già molte figure criminose che potrebbero essere utilizzate nel caso di manifestazione offensive e non occorre, come è stato fatto, introdurne altre, anche nel rispetto del principio di *extrema ratio* che dovrebbe guidare il legislatore⁵⁸³.

Su questo aspetto è interessante la posizione di chi sottolinea che la salvaguardia dei valori costituzionali quali sono quelli previsti dagli artt. 21, 25 comma 2, 33 Cost., avrebbe potuto portare a valorizzare la clausola di restrizione dell'obbligo comunitario prevista dall'art. 7, par. 1, dec. quadro

⁵⁸¹ Cfr. FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 170 ss.

⁵⁸² In questo senso PUGLISI G., *op. cit.*, 36.

⁵⁸³ Lo ricorda FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 171.

che impegna gli Stati, nell'introdurre le norme a rispettare i diritti fondamentali di cui all'art. 6 del TUE, tra cui è espressamente contemplata la libertà di espressione⁵⁸⁴.

Parimenti non si dimentichi che i principi fondamentali dell'ordinamento insieme con i diritti inalienabili della persona, fungono da “controlimiti” all'ingresso, nell'ordinamento interno, delle norme della stessa Unione europea, perché sono gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale⁵⁸⁵.

Il punto dolente è e continua ad essere sempre quello modale. Il negazionismo, lo si ripete, riguarda fenomeni complessi e gravi, che in alcuni casi presentano persino delle recrudescenze rispetto al passato. La posta in gioco è altissima e coinvolge, in particolare, il patto etico-politico. Il tutto si innesta in uno scenario nuovo, globale, che rende più agevole la propaganda e la diffusione capillare, grazie agli strumenti telematici.

Ed allora rispetto a questi fenomeni, dopo le valutazioni fin qui compiute sulla tensione tra strumento penale e ricostruzione storica dei fatti, che cosa ci si attende dal penale, dalla legge Mancino rivisitata? Un effetto di (maggiore) deterrenza, cioè una maggiore credibilità del sistema agli occhi dei potenziali trasgressori? Una riduzione dei negazionisti e dei loro simpatizzanti? Una maggiore rassicurazione delle potenziali vittime?

Non sembra che il diritto penale possa svolgere tali compiti: non ha, infatti, come noto, una funzione propulsiva. Per questi motivi la quasi unanimità degli storici, molti giuristi e qualche politico è concorde nel ritenere che a questi fenomeni non si debba rispondere con le leggi penali.

Diverse sarebbero le ragioni per negarne l'utilizzo.

⁵⁸⁴ È questa la posizione che si legge in LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo, cit.*, 93 ss. Alla luce di tali considerazioni l'autore riteneva che la scelta di prudenza legislativa italiana (prima della novella del giugno 2016) era da considerare il segnale di una maturità politica e di una rappresentanza responsabile, perché consapevole, al contempo, dei vincoli costituzionali e degli spazi di discrezionalità garantiti dalle fonti dell'Unione europea.

⁵⁸⁵ Cfr. Corte Cost., 23 settembre 2014, n. 238, punto 3.2 del Considerato in diritto.

Innanzitutto, si tratta di una repressione problematica, perché esposta a tutti i problemi che rendono molto scivoloso il terreno dei reati di opinione, a cui il negazionismo, appartiene⁵⁸⁶. Si coinvolge, infatti, la libertà di espressione, per sua natura eversiva e critica con il rischio che ogni forza sovrana definisca come anti democratica ogni idea antagonista alla propria.

L'altro versante problematico attiene, come visto, alla libertà di ricerca storica, tutelata dall'art. 33 Cost., che, in un ordinamento liberale, necessariamente offre una tutela anche ai negazionisti: in linea con un diritto penale laico non può essere accolta una verità etero-imposta, ufficiale.

Dobbiamo, allora, chiederci se sia sufficiente che in un dato momento storico ci sia un consenso democratico largamente condiviso per legittimare una scelta politico-criminale, anche se questa collide con i pilastri costituzionali del diritto penale.

La risposta non può che essere negativa: piegarci alle tirannia della maggioranza finisce per svilire completamente il diritto penale della sua vocazione garantista. Si è profondamente convinti, invece, che l'esaltazione della dimensione democratica non deve far perdere di vista che qualsiasi scelta, anche quella democraticamente supportata, deve sempre essere delimitata a monte dai valori garantisti che guidano il legislatore penale, moderno e costituzionalmente orientato, nella definizione delle scelte politico-criminali. Solo così si avrà un diritto penale *magna Charta libertatum* per il reo.

Fatte queste premesse, se il nostro compito è quello di ricondurre il problema del fenomeno negazionista a precise coordinate razionali e costituzionali, si ritiene con convinzione che per contrastarlo non bisogna

⁵⁸⁶ In questo senso FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 171.

spendere la moneta della sanzione criminale, che costituirebbe, come spiegato, una mera scorciatoia⁵⁸⁷, una soluzione facile.

“La verità storica, in quanto tale, dovrebbe potersi affermare senza il diritto penale”. Sono parole di un Maestro⁵⁸⁸ che suggellano una posizione critica rispetto all’incriminazione del negazionismo.

Oltre alla profonda convinzione che il diritto penale, strumento pervasivo e intollerante, non possa intervenire imponendo una verità piuttosto che un’altra, determinando cos’è eresia rispetto a un’ortodossia, si sostiene che esso ha l’obbligo di rimanere coerente ai propri limiti razionali e di astenersi davanti a fenomeni che sollevano problemi di altro tipo.

Molto più, e molto prima della condanna penale di taluni oppositori della democrazia, che utilizzano la finzione e la menzogna sul passato (remoto o vicino) come loro arma privilegiata, occorre un impegno profondo che solo il piano politico è in grado di garantire⁵⁸⁹. A tal fine è necessario ricorrere agli “spazi aperti della sfera pubblica” e non a quelli “chiusi delle aule dei tribunali e della scrittura dei disposti normativi”, ricercando un’esposizione pubblica dei valori etici e morali, costitutivi, che la memoria conserva e ci trasmette⁵⁹⁰. La questione, dunque, non deve essere relegata al diritto penale ma guardata dal profilo culturale, sociale e della responsabilità morale.

L’introduzione di una norma incriminatrice avente ad oggetto la negazione di un fatto storico, costituisce, a parere di chi scrive, il fallimento dello Stato sul versante dell’istruzione e della cultura. È su questo piano che dovrebbe ergersi la difesa della nostra civiltà, adottando tutti gli strumenti disponibili per dar vita ad una battaglia culturale che è insieme espressione di democrazia e unica possibilità di vittoria.

⁵⁸⁷ V. PADOVANI T., *Intervento*, Convegno dell’Unione Camere Penali, Roma, 15 novembre 2013.

⁵⁸⁸ ROXIN C., *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, I, 731.

⁵⁸⁹ V. PULITANO’ D., *op. cit.*, 6.

⁵⁹⁰ In questo senso FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, *cit.*, 70 ss.

Al Senato c'è chi ha avanzato, in alternativa al diritto penale, l'obbligo imposto dal Ministro dell'Istruzione di leggere il diario di Anna Frank⁵⁹¹. In uno Stato di diritto e libero vale la massima attribuita a Voltaire: «Signori, non sono affatto d'accordo con quello che dite, ma darei la mia vita perché voi possiate continuare a dirlo». Sembra questa la strada da percorrere in un Paese che si definisca sinceramente democratico, per difendere una verità che lo Stato riconosce ma non impone. Considerare il diritto penale capace di risolvere il problema del negazionismo, come se fosse possibile, attraverso la previsione di un reato, eliminarlo alla radice, è illusorio e pericoloso⁵⁹².

Anche a coloro che dinanzi a una “nuova vita” dei reati di opinione affermano di non preoccuparsi, perché – come tanti reati di opinione – anche le disposizioni in oggetto godranno di rara applicazione giurisprudenziale, si può rispondere che, seppure sarà così, le norme che introducono un'opzione repressiva cambiano inevitabilmente la nostra cultura pubblica, l'atteggiamento psicologico, creando, quantomeno, autocensura⁵⁹³. La proibizione viene introiettata, si perde memoria della libertà precedente e si accoglie con sollievo la criminalizzazione dell'opinione⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ “Se noi avessimo fatto, invece di questo obbrobrio liberticida, una legge nella quale il Ministro della istruzione, dell'università e della ricerca avesse reso obbligatoria la lettura del Diario di Anna Frank, noi avremmo propagandato, nel senso più nobile del termine, quelle idee e quegli avvenimenti che, di per se stessi, come fatto culturale, sarebbero stati il primo deterrente contro la propalazione o il sostegno di idee strampalate”: Senatore D'Anna, alla seduta n. 617 del 28 aprile 2016, in Fascicolo Iter DDL S. 54-B, pag. 179.

⁵⁹² In questo senso SCOTTO ROSATO A., *op. cit.*, 312.

⁵⁹³ Così FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, 170.

⁵⁹⁴ Anche in riferimento all'omofobia si sta pensato di rispondere con lo strumento penale. Si pensi al D.d.l S 105, detto anche disegno di legge Scalfarotto dal quale emerge la convinzione che per contrastare i reati motivati dallo stigma sessuale non sia sufficiente una mera circostanza aggravante, ma sia necessario prevedere l'estensione dei reati puniti dalla legge n. 654 del 1975 a quelli di stampo omofobico. La questione è assai delicata e si intreccia con quella della punizione del negazionismo: può essere incriminata una dichiarazione omofoba che non va ad offendere l'omosessuale in sé ma va a presentare teorie parascientifiche sulla natura dell'omosessualità stessa? Per un'analisi dell'argomento v. PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre?*, in *dir. pen. contemp.*, 15 luglio 2013.

Di fronte a pure manifestazioni di pensiero ignobili la risposta più potente rimane quella che giace sul medesimo registro, quella del pensiero nobile, che impegna la coscienza di tutti i cittadini e non si serve del solo strumento penale⁵⁹⁵. Insomma alle parole aberranti ed eticamente esecrabili degli “agenti dell’oblio”, che piegano e riscrivono la realtà secondo le loro esigenze, si dovrebbe reagire con opinioni basate sulla verità e sulla forza morale⁵⁹⁶, non delegando questa funzione di controllo democratico, che deve essere di tutti i cittadini, al solo strumento penale.

Deve rimanere un nucleo essenziale di diritti sui quali non si arretra. La nostra tradizione culturale e giuridica ha fatto della possibilità di manifestare il proprio pensiero, anche in termini conflittuali e pluralistici, uno dei suoi elementi centrali: sarebbe inutile una libertà dei pensieri innocui. Senza l’accettazione di questo rischio, il rischio è che si produca un’atrofia⁵⁹⁷.

Occorre, infatti, dinanzi alle patologie e alle metamorfosi del diritto penale di cui il reato di negazionismo è cartina di tornasole, rivendicare un ruolo minimo di questo stesso, rimanendo nello spazio proprio del diritto ed evitando un paradigma guerriero, una pericolosa contaminazione tra Politica e Giudiziario.

Ben si comprende che, in questo ambito, il giurista – vedendosi contrapporre “la miseria morale del discorso d’odio e l’oscuro potenziale di una restrizione normativa a pure manifestazioni di pensiero”⁵⁹⁸ – confessi di avere “un io diviso, in senso psicoanalitico, tra impegno antirazzista e passione liberale per la libertà di espressione”⁵⁹⁹. Entrambi gli aspetti sono vitali. E può piacere e andare bene persino il valore simbolico di una

⁵⁹⁵ V. FRONZA E., GAMBERINI A., *op. cit.*, 8.

⁵⁹⁶ In tal senso il comunicato dell’Unione delle Camere penali *Al negazionismo si risponde con le armi della cultura*, *cit.*

⁵⁹⁷ V. GAMBERINI A., *Tutela della memoria e diritto penale: una riflessione sistematica e comparativa a partire dal reato di negazionismo*, in *dir. pen. contemp.*, 19 dicembre 2013.

⁵⁹⁸ PULITANO’ D., *op. cit.*, 10.

⁵⁹⁹ PULITANO’ D., *op. cit.*, 10.

circostanza aggravante, che ci mette in pace con l'Europa e con i buoni sentimenti di molti. Ma non con la buona coscienza.

Il legislatore moderno e costituzionalmente orientato deve astenersi dall'intervenire con lo strumento penale in tali ambiti: i diritti fondamentali devono costituire la frontiera ultima, ricordando che il diritto penale sta e cade insieme alle garanzie.

“Visto da questa prospettiva, il diritto penale può diventare più pericoloso delle parole i cui rischi crede di neutralizzare”⁶⁰⁰

⁶⁰⁰ PELISSERO M., *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione giustizia*, n. 4/2015

BIBLIOGRAFIA

- ALESANI L., *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006;
- AMBROSI A., *La memoria collettiva e pubblica di massacri e genocidi tra dovere costituzionale di solidarietà e libertà individuali*, in RIONDATO S. (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia?*, Padova, 2012;
- ANGIONI F., *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996;
- ARENDT H., *Vita Activa. La condizione umana*, tr. it. di FINZI S., Milano, 1988;
- BACCO, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, n. 4;
- BARILE P., voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXII;
- BASILE F., *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Coppi*, Torino, 2012, 20 ss;
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Venezia, 1781, VIII e XI.
- BENEVENUTO F.M., *Sulla dichiarazione d'illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell'esistenza dei genocidi riconosciuti come tali dalla legge francese*, in *Dir. Pen. contemp.*, 23 marzo 2012;
- BENIGNI A., *Ribadito dalla Corte Costituzionale il principio di necessaria offensività del reato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2015;
- BETTIOL G., *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1965,

- BIFULCO D., *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Aushwitz"*, Milano, 2012;
- BINDING K., *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, B.T., Bd. 1, seconda edizione, Leipzig, 1902;
- BOBBIO N., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982;
- BOGNETTI G., *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1971;
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, XIX, 1973.
- BRICOLA F., *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, Milano, 1997, 333;
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: art 25 commi II e III, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Questione Giustizia*, 1980;
- BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, n. 2/2016.
- CAJANI L., *La storia nel mirino del diritto penale. The relationship between memory and criminal law*, in *DPCE online*, v. 25, n. 1, feb. 2017;
- CALAMANDREI P., *Il giudici e lo storico. Considerazioni a margine del processo Sofri*, Torino, 1991;
- CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in DOLCINI E., PALIERO C. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006;
- CAPUTO M., *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in G. FORTI, G. VARRASO, M.

- CAPUTO, "Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Napoli, Jovene, 2014;*
- *CARACCIOLI I., Solo un'applicazione calibrata dell'offensività contribuirà al successo del «Progetto Grosso», in Guida al Diritto 36, 2000, 2010;*
 - *CARRARA F., Programma di diritto penale, parte speciale, vol. VII,*
 - *CARUSO C., Dignità degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti". Una rilettura dell'art. 21 Cost., in Quaderni costituzionali, 2013, n. 4;*
 - *CASCIONE C. M., Negare le ingiustizie del passato: libertà o divieto?, in RESTA G., ZENO-ZENOVICH V. (a cura di), Riparare, risarcire, ricordare: un dialogo tra storici e giuristi, Editoriale scientifica, Napoli, 2012;*
 - *CATTARUZZA M., La condanna del negazionismo limita la libertà della ricerca?, In L'Occidentale, www.loccidentale.it, sub "Cultura", 24 gennaio 2007.*
 - *CAVALIERE A., La discussione intorno alla punibilità del negazionismo: i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena, in Rivista di diritto e procedura penale, n. 2/2016;*
 - *CECCHINI G.L., Il "legno storto" del diritto: libertà di manifestazione del pensiero e reato di negazionismo a confronto a proposito della sentenza Perincek c. Svizzera, in Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna, n. 8/2016;*
 - *CLEMENTE A., Modifiche al c.p. in materia di reati di opinione a seguito della l. n. 85 del 2006, in Giurisprudenza di merito, 2007, fasc. 1;*

- CRISAFULLI V., PALADIN L., *Commentario breve alla Costituzione*, 1990, art.21, 129;
- D’ALESSANDRO F., *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012;
- D’AMICO G. (a cura di), *Razzismo, antisemitismo, negazionismo*, Asti, 2007;
- D’ANTUONO E., *Sul negazionismo: la menzogna come reato?*, in KAJON I., DE CASTRO R. (a cura di), *Trauma e psychè. Le ferite del Novecento nella riflessione artistica e filosofica*, Roma, Lithos Editrice, 2014;
- DAHRENDORF, *Se l’Europa non difende le conquiste dell’illuminismo*, in *la Repubblica*, 16 ottobre 2006;
- DE FLAMMINEIS S., *Riflessioni sull’aggravante del “negazionismo”: offensività della condotta e valori in campo*, in *Diritto penale contemporaneo (ed. web)*, 17 ottobre 2016;
- DELITALIA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, ora in *Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976;
- DELLA MORTE G. , *Negare e punire. Spunti critici sul reato di negazionismo*, in FORTI G., MAZZUCATO C., VISCONTI A. (a cura di), *Giustizia e letteratura II*, Vita e pensiero–Pubblicazioni dell’Università Cattolica, 2014;
- DELLA MORTE G., *Cinque argomenti contro il reato di negazionismo*, in *SIDIBlog (ed. web)*, 16 gennaio 2014;
- DELLA MORTE G., *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell’ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in “*Blog della Società italiana di diritto internazionale e di diritto dell’Unione Europea*”, giugno 2016;
- DELLA MORTE, *L’introduzione del reato di negazionismo in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2014;

- DI CESARE A., *Se Aushwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Il Melangelo, 2012;
- DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di un diritto comparato come premesse a uno studio sui reati di opinione*, Milano, 1988;
- DONINI M., *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'“offense” di Joel Feinberg*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori, diritto penale*, Milano, 2010;
- ESPOSITO A., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958;
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 152-3.
- FERRAJOLI L., Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale, in *Questione Giustizia*, n. 4/2006.
- FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 558 ss;
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale parte generale*, Zanichelli Editore, sesta edizione 2009;
- FIORE C., *I reati di opinione*, Cedam, Padova, 1972;
- FIORE C., S., *Diritto penale. Parte generale*, Utet Giuridica, 2016;
- FLORES M., LEVIS SULLAM S., TRAVERSO E. e altri, *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, in www.sissco.it, 23 gennaio 2007;
- FLORES M., *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, in *Il Mulino. Rivista bimestrale di cultura e politica*, n. 3/2007;
- FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957;

- FORTI G., *“La nostra arte è un essere obbligati dalla verità”*. *L’apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in *Jus*, 2008;
- FORTI G., *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell’iper comunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2016;
- FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, giugno 2016;
- FRONZA E., GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l’introduzione del negazionismo come reato*, in *dir. pen. contemp.*, maggio 2013;
- FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Giuffrè Editore, Milano, 2012;
- FRONZA E., *Osservazioni sull’attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, 32 ss;
- FRONZA E., *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, in *Parola alla difesa*, n- 1/2016;
- FRONZA E., voce *negazionismo*, in *Enciclopedia del diritto. Estratto*, Annali VIII, Giuffrè;
- GALAZZO G., *Reato di negazionismo e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Giurisprudenza penale*, settembre 2016;
- GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8 ss.;
- GAMBERINI A., *I pensieri leciti della Corte costituzionale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1973;
- GAMBERINI A., *Tutela della memoria e diritto penale: una riflessione sistematica e comparativa a partire dal reato di negazionismo*, in *dir. pen. contemp.*, 19 dicembre 2013;
- GATTA G., *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del*

negazionismo (come circostanza aggravante), in *dir. pen. contemp.*, 16 febbraio 2015.

- GERMINARIO F., *Estranei alla democrazia. Negazionismo e antisemitismo nella destra radicale italiana*, Pisa, 2001;
- GERMINARIO F., *Negazionismo in Italia*, in *Dizionario dell'Olocausto*, Torino, 2004;
- GRANDE E., *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000;
- GUARINO G., *Negazionismo e pressapochismo, ovvero come distruggere un'idea*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2014;
- GUELLA F., PICIOCCHI C., *Libera manifestazione di pensiero tra fatti di sentimento e fatti di conoscenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, n. 4;
- JAKOBS G., *Derecho penal del ciudadano y derecho penale del enemigo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2003;
- LAMARQUE E., *I reati di opinione*, in A.A.V.V., *Percorsi di diritto dell'informazione e dell'informatica*, Torino, Giappichelli, 2006;
- LEOTTA C., *In Gazzetta Ufficiale la legge che dà rilevanza penale al negazionismo*, in *Quotidiano giuridico*, giugno 2016;
- LEOTTA C., *Limiti penalistici alla libertà di espressione: il caso del negazionismo del genocidio armeno*, in *Archivio penale*, n. 1/2016;
- LEOTTA C., *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte EDU sul genocidio armeno (2015)*, Cedam, 2016;
- LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it., Milano, 1962;
- LO FIEGO M. L., *Il nuovo reato di negazionismo: arma a doppio taglio?*, in *Salvis Juribus (ed. web)*, 19 ottobre 2016;

- LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/2014;
- LOBBA P., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, n. 3/2011;
- LOBBA P., *Un “arresto” della tendenza repressiva europea sul negazionismo*, in *Dir. pen. contemp* (ed. web), 14-01-2014;
- LOSURDO D., *Il revisionismo storico. problemi e miti*, Roma-Bari, 2015;
- LOSURDO F., *Il divieto dell’abuso del diritto nell’ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011;
- LOVENSTEIN K., *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *The Am. Pol. Science Rev.*, 1937, 417-432, 638-658;
- LUTHER J., *L’antinegazionismo nell’esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, fasc. 3;
- LUZZATO S., *Shoah vera o falsa? Non si decide per legge*, in *Il Sole 24 ore*, 17 ottobre 2010;
- MANETTI M., *Libertà di pensiero e negazionismo*, in AINIS M. (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, Giappichelli, 2005;
- MANTOVANI F., *Diritto penale parte generale*, Cedam, nona edizione, 2015;
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti Mortati IV*, Milano, 1977;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Studi in onore di Renato dell’Andro*, Milano, 204-205;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, quinta edizione 2015;
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in

Jus, 1974;

- MEIKLEJOHN, *The first amendment is an absolute*, 1961, 252-257;
- MERLI A., *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006;
- MERLI A., *Relazione introduttiva*, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1/2013;
- MOCCIA S., *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Roma, 1990
- MONANARI M., *Il disegno di legge in materia di negazionismo passa all'esame dell'aula del Senato*, in *dir. pen. contemp.*, www.penalecontemporaneo.it , 28 ottobre 2013;
- MONTANARI M., *La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sul problematico bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione e l'esigenza di reprimere il negazionismo del genocidio armeno*, in *dir. pen. contemp. (ed. web)*, 7 gennaio 2014;
- MONTANARI M., *L'attuazione italiana della decisione quadro 2008/913/GAI in materia di negazionismo, nel rapporto della Commissione europea*, in *Dir. Pen. contemp. (ed. web)*, 18 febbraio 2014;
- MONTANARI M., *Libertà di pensiero e dignità delle vittime in un caso di negazionismo del genocidio armeno: si pronuncia la Grande Camera della Corte EDU*, in *Dir. pen. contemp. (ed. web)*, 21 ottobre 2015;
- MONTESQUIEU, *Espiri des Lois*, XIX, in *Oeuvres Completes*, tomo II, ed. a cura di R. Caillois, Gallimard, Paris 1958;
- NUSSBAUM M., *Diventare persone. Donne e universalità di diritti*, tr. it. di MAFEZZONI W., Bologna, 2001;
- NUVOLONE P., *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella*

- prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero*, Cedam, Padova, 1966;
- ORDILE A., *Le costanti e le variabili del diritto penale nell'esperienza storica*, in *Osservatorio penale (ed. web)*, febbraio 2014.
 - PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla riforma del titolo I libro II c.p.*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1982;
 - PADOVANI T., *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto* n. 14/2006;
 - PAGLIARO A., *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, II, Milano, 1965, 389 ss;
 - PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992;
 - PARISI S., *Difendere Shylock (e non solo)? L'introduzione dell'aggravante di negazionismo e i confini della libertà di espressione*, in *Quaderni Costituzionali* 4/2016;
 - PARISI S., *Il negazionismo dell'olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, n. 4; Cfr.
 - PASTOR D., *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina*, in FRONZA E., FORNASARI G., (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche di diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Trento, Collana del dipartimento, 2009;
 - PELISSERO M., *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione giustizia*, n. 4/2015;
 - PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, 118;

- PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, vol. III, Napoli, 1885;
- PISANTY V., *Sul negazionismo*, in *Italia contemporanea*, 1998, n. 21, 524;
- PROSDOCIMI S., voce *Vilipendo (reati di)*, in *Enc. Dir.*, XLVI;
- PROSPERI A., *Se le bugie negazioniste diventano un reato*, in *La Repubblica*, 16 ottobre 2010;
- PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *dir. pen. contemp.*, 15 luglio 2013;
- PUGLISI G., *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *dir. pen. contemp.*, luglio 2016;
- PULITANO' D., *Cura della verità e diritto penale*, in FORTI G., VERRASO G., CAPUTO M. (a cura di), *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014;
- PULITANO' D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. Pen. contemp.*, 16 ottobre 2015;
- RECCHIA LUCIANI F., PATRUNO L., *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, il Nuovo Melangolo, 2013;
- RODOTA' S., *Il diritto di avere diritti*, 2013, 118;
- ROMANO M., "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1992;
- ROMANO M., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in CANESTRARI S., STORTONI L., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009;
- ROUSSO H., *Le syndrome de Vichy: De 1944 à nos jours*, Paris, 1987;
- ROXIN C., *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation*

- von Strafdrohungen, in Scritti in onore di Giorgio Marinucci, Milano, 2006, I, 731;*
- RUGA RIVA C., *sub art. 290 c.p.*, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, seconda edizione, Milano, 2006;
 - SACERDOTI G., *Il reato di negazionismo: una tutela della democrazia, non un impedimento alla ricerca storica*, in *SIDIBlog (ed. web)*, 15 gennaio 2014;
 - SALTEA C., *Per il revisionismo storico contro Vidal Naquet*, Genova, 1993;
 - SBRICCIOLI M., *Crimen laesae maiestatis*, Milano, 1974;
 - SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009;
 - SCHIAFFO F., *Alle origini dei reati di opinione: modelli di incriminazione e opzioni politico-criminali*, in PALMA A., *Scritti in onore di Generoso Melillo, Satura, Napoli, 2009;*
 - SCOTTO ROSATO A., *Osservazioni critiche sul nuovo reato di negazionismo in Diritto penale contemporaneo (rivista trimestrale 3/2016)*, 10 gennaio 2017;
 - SGUBBI F., *Presentazione*, in INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, 2006;
 - SOMMA E., *Negazionismo e genocidio armeno. Libertà di espressione e diritto alla menzogna secondo la Corte EDU*, in "Rivista Italiana di diritto e procedura penale", n. 2/2015;
 - SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul diritto penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007;
 - SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007;

- SPIGNO I., *Ancora sul negazionismo, ma del genocidio armeno. Considerazioni a margine della sentenza della Grand Chambre nel caso Perincek c. Svizzera*, in *Diritti Comparati*, 15 ottobre 2015;
- STELLA F., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, 5;
- STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006;
- STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1973, 1 ss;
- STELLA P., *Pena e politica criminale. Aspetti teorici e casi pratici*, Giuffrè editore, 2008;
- STUART MILL J., *Saggio sulla libertà*, trad it. della quarta edizione a cura di MOLLICA G., Milano, 2000;
- TANZARELLA P., *La paura del passato e la paura per il futuro: il paternalismo della Corte di Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2016;
- TOSCANO A., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Giuffrè Editore, 2012
- TRAVERSO E., *Il passato. Istruzioni per l'uso. Storia, memoria, politica*, Ombre Corte, Verona, 2006;
- UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE (UCPI), *Al negazionismo si risponde con le armi della cultura e non quelle del diritto penale*, in www.camerepenali.it, 16 ottobre 2013;
- VECCHIO F., *La libertà di espressione dopo la vicenda Perinçek c. Svizzera: il nuovo atteggiamento della Corte europea in materia di criminalizzazione del negazionismo e i rischi residui di una storia imposta per via legislativa*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2016, 52;
- VERCELLI C., *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Editori Laterza, 2013;

- VIDAL-NAQUET P., *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma, 2008;
- VIGEVANI G., *Radici della costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2014;
- ZUCCALA' G., *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1966.

GIURISPRUDENZA

- Corte cost., 6 luglio 1966, n. 87 in www.giurcost.org;
- Corte cost., 19 luglio 1968, n. 110 in www.giurcost.org;
- Corte cost., 17 aprile 1969, n. 84 in www.giurcost.org;
- Corte cost., 4 maggio 1970, n. 65 in www.giurcost.org;
- Corte cost., 3 febbraio 1971, n. 14 in www.giurcost.org;
- Corte cost., 27 febbraio 1973, n. 16 in www.giurcost.org;
- Corte cost., 18 luglio 1973, n. 142 in www.giurcost.org;
- Corte cost., 30 gennaio 1974, n. 20 in www.giurcost.org;
- Corte cost. (ord.), 29 novembre 1977, in www.giurcost.org;
- Corte cost. 19 marzo 1986, n. 62 in www.giurcost.org;
- Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364 in www.giurcost.org;
- Cass. pen, Sez. VI, 11 aprile 1986, Alloro, in *Riv. Pen.*, 1987, 311;
- Cass. pen., Sez. I, 22 novembre 1997, in *Dir. pen. proc.*, n. 1/1998;
- Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2001, Aliprandi e altri in *Foro it.* 2001, II, 457;
- Corte Edu, 7 dicembre 1976, *Handyside v. United Kingdom*, 5493/72, testo in italiano in DE SALVIA M., ZAGREBELSKY V. (diretto da), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali: la giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. I, Milano, 2006, 228 ss;
- Corte Edu, 16 luglio 1982, *X. v. Federal Republic of Germany* (dec.), 9235/81;
- Corte Edu, 14 luglio 1983, *T. v. Belgium*, (dec.), , 9777/82;
- Corte Edu, 12 maggio 1988, *Kunhnen v. Germany*, (dec.), 12194/86;
- Corte Edu, GC, 23 settembre 1998, *Lehideux and Isorni v. France*, 24662/94;
- Corte Edu, 24 giugno 2003, *Garaudy c. France* (dec.), 65831/01;

- Corte Edu, 16 aprile 2012, *Janowiec e altri c. Russia* (dec.), 55508/07 e 29520/09;
- Corte Edu, Sez. II, 17 dicembre 2013, *Perincek v. Switzerland*, ricorso n. 27510/08;
- Corte Edu, Grande Camera, 15 ottobre 2015, *Perincek v. Switzerland*, ricorso n. 27510/08;
- Corte Edu, Sez. VI, 20 ottobre 2015, *M'bala M'bala c. Francia*, ricorso n. 25239/13;
- *Hoge Road* (Corte Suprema olandese), 27 ottobre 1987, n. AD0022, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1988, 538 ss;
- Corte costituzionale della Repubblica di Ungheria, 26 maggio 1992, n. 30, in <http://www.mkab.hu/case-law/translations>;
- Corte Supreme canadese, 27 agosto 1992, *Zundel*;
- *Cour d'arbitrage de Belgique*, 12 luglio 1996, n. 45, in *Rev. trim. dr. h.*, 1997, 111;
- *High Court of Justice, Queen's bench division*, 11 aprile 2000, *Irving v. Penguin Books Limited and Lipstadt*, n. 11996-I-1113;
- *Tribunal Constitucional de España* ("TC"), 7 novembre 2007, n. 235, *Varela*, in <http://www.tribunalconstitucional.es>;
- *Eidgenössisches Bundesgericht* (Tribunale federale svizzero), 12 dicembre 2007, *Perincek*, n. 398 in www.bger.ch;
- *Cour constitutionnelle de Belgique*, 12 febbraio 2009, n. 17, in *Moniteur belge*, 12 marzo 2009;
- *Conseil constitutionnel, Decision*, 28 febbraio 2012, n. 2012-647 DC.