

IL NUOVO REATO DI NEGAZIONISMO: LUCI ED OMBRE

di Emma Venafro

(Ricercatrice in diritto penale, Università di Pisa)

SOMMARIO: 1. Cronologia del percorso di ricostruzione di una legge. – 2. Un passo in avanti, uno indietro ed altri di lato: la repressione penale delle opinioni. – 3. Il negazionismo come reato di opinione: un'ipotesi da verificare. – 4. Il negazionismo e la tutela della dignità dell'individuo. – 5. La nuova fattispecie di negazionismo: titolo autonomo di reato o circostanza aggravante?

1. Con la legge n. 115 dell'8 giugno del 2016 il legislatore nazionale¹ ha attribuito autonoma rilevanza penale alle condotte comunemente note come negazionismo².

¹ D. Pulitanò, *Difronte al negazionismo ed al discorso di odio*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.3.2015; S. De Flammineis, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, *ivi*, 17.10.2016; G. Della Morte, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, *ivi* 26.6.2016; M. Caputo, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, a cura di G. Forti, G. Varraso e M. Caputo, Napoli 2014, 296; G. Puglisi, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolico*, in www.penalecontemporaneo.it, 23.2.2016; in generale sul negazionismo cfr. E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano 2012; M. Flores, *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, in *Il Mulino* 2007; S. Parisi, *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *QuadCost* 2013, 879 ss.

² Per la bibliografia sui temi di diritto comparato cfr.: J. Luther, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2008, 1193 s.; I. Pigno, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, *ivi*, 1921 ss.; C. Roxin, *Was darf Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, Milano 2006, 715 ss., 730; J. Cruz Diaz, R. Rodriguez Prieto, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, Barcellona 2009; E. Fronza, V. Manes, *Il reato di negazionismo nell'ordinamento spagnolo: la sentenza del tribunale Constitutional n. 235 del 2007*, in iusi7@unibo.it, 2, 2008; G.M. Lozano Terul, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in www.rivistaqaic.it, 27.6.2014; S. De Flammineis, *op. cit.*; L. Daniele, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 12.10.2017; G. Puglisi, *op. cit.*; Id., *La «sattira negazionista» al vaglio dei Giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in "rime sparse" sulla negazione dell'Olocausto*, in www.penalecontemporaneo.it, 23.2.2016; P. Lobba, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *RIDPP* 2014, 1815 ss.; Id., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in iusi7@unibo.it, n. 3/2011, pp. 154 ss.; L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova 2009, 259 ss.. In tema v. anche A. Ambrosi, *La memoria collettiva e pubblica di massacri e genocidi tra dovere costituzionale di solidarietà e libertà individuali*, in *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia?* a cura di S. Riondato, Padova, 2012, 250 ss.. M. Caputo, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale*, *cit.*; G. Gavagnin, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, a cura di S. Riondato, Padova 2006, 199 ss. V. Cuccia, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Rass. parlam.* 2007, 857 ss.; A. Di Giovine, *Il passato che non*

L'innovazione, che non avviene incidendo sul *corpus* codicistico, è dovuta all'art. 1 della l. 115/2016, che innesta nel corpo dell'art. 3 della l. 654/1975 (cd. legge Mancino, novellata, come noto, dalla l. 85/2006) un nuovo comma 3 *bis*³.

Il contenitore deputato ad accogliere il nuovo strumento d'incriminazione, come detto l'art. 3 l. 654/1975, nacque per garantire la repressione penale (severa, considerando la minaccia edittale, reclusione da uno a quattro anni) delle condotte di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale (comma 1 lett. a)) e di incitamento alla discriminazione o alla commissione di atti di violenza o di provocazione alla violenza avverso vittime selezionate perché «appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale», per poi prevedere, ai commi due e tre, paralleli reati associativi.

La prima manipolazione del testo così risultante avviene con lo strumento di una norma interpretativa: l'art. 2 comma 5 l. 8/3/1989 n. 101, infatti sancì, nel contesto della regolamentazione dei rapporti tra Stato e Comunità ebraiche, che la norma dovesse intendersi riferita “*anche alle manifestazioni di intolleranza e pregiudizio religioso*”.

Un secondo, drastico, processo di rielaborazione seguirà solo quattro anni dopo, con l'art. 1 del d.l. 26/4/1993 n. 122, convertito con modificazioni in l. 205/1993 che sostituì l'intero testo⁴. Lo strumentario punitivo risultò così diversamente graduato: riduzione della pena (reclusione sino a tre anni: art. 3 comma 1 lett. a)) per la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e per l'incitamento a commettere atti discriminatori per motivi «razziali, etnici, nazionali o religiosi»⁵; riduzione nel solo minimo edittale (portato da un anno a sei mesi) per la commissione o l'incitamento alla commissione di atti di violenza egualmente ispirati; riscrittura della norma incriminatrice del reato associativo, allargando il campo alle condotte di organizzazione di movimenti o gruppi, che avessero “*tra i propri scopi*” (anche non esclusivi) l'incitamento alla discriminazione o alla violenza (non si parlava più di odio) per poi ridurre la pena sia minima che massima, quanto ai partecipi, ed elevare il massimo a sei anni per promotori ed organi di vertice.

Ulteriore riforma è dovuta all'art. 13 della legge 24/2/2006 n. 85, che sostituì la lettera a) del primo comma e modificò la lettera b). Oltre ad una ulteriore rideterminazione verso il basso della pena (ridotta ad un anno e sei mesi di reclusione alternativa alla multa) per la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico e per la istigazione a commettere per le stesse motivazioni atti di discriminazione (lett. a)), si introdusse il nuovo testo della successiva ipotesi (lett. b)), punendo chi istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza. Solo in via di prima ricognizione, il processo di riscrittura ha comportato la sostituzione della parola

passa: “*Eichmann di carta*” e repressione penale, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2006, XIII ss.; M. Cassano, *Negazionismo e opportunità di una risposta penale*, in *Criminalia* 2013, 272.

³ M. Montanari, *La Camera approva con modificazioni il disegno di legge in materia di negazionismo*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.10.2015.

⁴ G. A. De Francesco, *D.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 -Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Commento all'art. 4 -Modifiche a disposizioni vigenti*, in *LP* 1994, 216-217.

⁵ G. Pavich, A. Bonomi, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in www.penalecontemporaneo.it 13.10.2014.

propaganda alla parola diffusione⁶, per evidenziare la necessità che, ad assumere rilevanza penale, fosse solo quella condotta, concretamente, idonea ad instaurare un clima di odio e di discriminazione⁷. La propaganda, invero, ha una propria specificità, come ha sottolineato la Corte Costituzionale⁸, non identificandosi in una mera manifestazione del pensiero⁹; nella propaganda, la divulgazione di una determinata opinione è rivolta e strettamente collegata al raggiungimento di uno scopo pratico, implicito all'agire del destinatario della comunicazione, che la qualifica e la pone su un altro piano¹⁰; propagandare un'idea, infatti, significa divulgarla al fine di condizionare o influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico in modo da raccogliere adesioni intorno all'idea propagandata¹¹. Il che sta a significare che nel 2006 il legislatore ha deliberato di restringere le maglie del punibile¹².

Con l'art. 1 comma 1 della l. 16/6/2016 n. 115 venne introdotto il comma 3 bis dell'art. 3, che, solo pochissimi giorni or sono, è stato ulteriormente ritoccato dall'art. 5 comma 1 della l. 20/11/2017 n. 167, che ne ha determinato l'attuale (non necessariamente definitivo) assetto. Adesso il nuovo art. 3 comma 3 bis bis recita: «*Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti*

⁶ In senso critico verso la riforma v. T. Padovani, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *GD* 2006, (14), 23; D. Pulitanò, *Riforma dei reati di opinione?*, in *CGiur* 2006, 745 ss.; A. Gamberini, G. Insolera, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova 2006, 135; M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I- II)*, in *DPP* 2006, 960 ss.; D. Notaro, *Analisi della modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *LP* 2006, 401; C. Visconti, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *FI* 2006, parte V, 217.

⁷ In generale sull'argomento v. M. Pelissero, *op. cit.*, 960; G. Pavich, A. Bonomi, *op. cit.*, 7; G. A. De Francesco, *Commento all'art. 1 d.l. n. 122/93, conv. con modifiche dalla l. 25/6/1993 n. 205, cit.*, 175 ss.; L. Fornari, voce *Discriminazione razziale*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. C. Palazzo, C. E. Paliero, Padova 2007, 1455 ss.; E. Fronza, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo* 1997, 35 ss.; A. Gamberini, G. Insolera, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati d'opinione*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova 2006, 135; L. Stortoni, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *CrD* 1994, 14 s..

⁸ C. Cost. 6.07.1966, n. 87, in *DeJure*.

⁹ Per un'analisi sul difficile rapporto tra libertà di espressione e atti discriminatori v., L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di S. Riondato, Padova 2006, 117; G. Pino, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *PD* 2008, 287; M. Manetti, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Democrazie protette e protezione della democrazia*, a cura di A. Di Giovine, Torino 2005, 103; A. Spena, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *RIDPP* 2007, 714.

¹⁰ Cass. 15.09.2015, n. 36906, in *DeJure*.

¹¹ Cfr. Cass., 22.11.2012, n. 47894, in *DeJure*.

¹² Sul punto cfr. G. Pavich, A. Bonomi, *Reati in tema di discriminazione*, cit., 11 ss.

dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232»

2. Raccogliendo le sollecitazioni di origine comunitaria ad attuare una effettiva repressione penale delle condotte negazioniste, il legislatore ha identificato nell'art. 3 l. 654/75, che da sempre punisce i reati di incitamento all'odio razziale e al compimento di atti di discriminazione, il luogo naturale per poter accogliere le nuove ipotesi incriminatrici.

Come abbiamo accennato, l'art. 3 della l. 654/75 ha subito vari interventi riformatori, coi quali si è provveduto (non necessariamente in modo razionale) a circoscrivere, il più possibile, le condotte punibili, rendendole sempre più coerenti con il piano di offensività (si pensi in tal senso e ad esempio, al passaggio dalla condotta di mera diffusione a quella di propaganda) per poi accompagnare l'evoluzione sul piano strutturale della fattispecie, in direzione apparentemente divergente, con un ridimensionamento delle risposta sanzionatoria (le ipotesi così come riformate nel 2006 prevedono, infatti, una pena più mite rispetto a quella precedente).

Quella del 2016, con l'introduzione del comma 3 *bis*, appare in tal senso una nuova "inversione di marcia" da parte del legislatore.

Ed, infatti, alla nuova dilatazione del contesto delle condotte penalmente rilevanti (si pensi alla introduzione della condotta di incitamento prima non contemplata) corrisponde un inasprimento del trattamento edittale.

Come spesso accade, i reati di opinione costituiscono un termometro molto sensibile rispetto al clima politico che si vive in un determinato contesto storico ed anche questa volta, evidentemente, non si sfugge a questa regola aurea.

Per quanto riguarda, invece, l'ultimissima modifica all'art. 3 *bis* introdotta nel 2017, questa risulta dettata dalla necessità di adeguare la legge italiana alla Decisione Quadro 2008/913/GAI, in questa si chiedeva, infatti, agli Stati membri di rendere penalmente rilevanti le condotte di negazione, di apologia e minimizzazione grossolana della pressoché totalità dei crimini internazionali. L'Italia, in effetti, era rimasta sino a quel momento almeno in parte inadempiente rispetto ad alcuni impegni a legiferare, cui altri Stati membri, pur con molte diversità tra di loro, avevano dato più tempestiva risposta. La distinzione più significativa riguarda senz'altro la struttura del reato di negazionismo che ogni Paese ha deciso di adottare.

In alcuni ordinamenti, infatti, si struttura il negazionismo come reato di danno, in quanto il bene protetto è direttamente quello della dignità.

Sembra andare in questa direzione il reato descritto al 130 StGB in Germania¹³. In altri

¹³ In Germania è espressamente prevista una fattispecie di reato volta a punire la c.d. *Auschwitzlüge*. Il §130 StGB punisce «chi pubblicamente o in una riunione, approva (*billigt*), nega (*leugnet*) o minimizza (*verharmlost*) le azioni commesse durante il periodo nazionalsocialista contemplate dal § 6 comma 1 del codice penale internazionale (*Völkerstrafgesetzbuch* - VStGB), in maniera idonea a turbare la pace pubblica». Nel 2005 poi si è introdotto un quarto comma in cui si puniscono le affermazioni volte a negare tutti gli altri crimini nazisti non legati direttamente alla condotta di genocidio, in questa nuova ipotesi si fanno rientrare, per esempio, la negazione o minimizzazione dello sterminio degli omosessuali o degli oppositori politici, avvenuto durante il regime nazista.

ordinamenti¹⁴, invece, l'incriminazione è declinata come reato di pericolo, ora, astratto, ora, concreto ed inserita all'interno di condotte *lato sensu* istigatorie all'odio o alla violenza. Ed, in effetti, questo è il nodo interpretativo che, come vedremo, caratterizza anche la nuova fattispecie italiana di negazionismo.

3. Il tema della repressione penale del negazionismo, sin dal suo primo porsi con la Proposta di Legge Mastella, andò incontro a manifestazioni di ostilità tra gli storici ed i giuristi, espresse in un vero e proprio manifesto ove erano enunciate le molte ragioni per cui una incriminazione di questo tipo risultasse assolutamente pericolosa, controproducente, oltre che inefficace¹⁵.

Il pensiero degli storici si può riassumere con le parole di uno dei firmatari del manifesto contro l'introduzione del reato di negazionismo¹⁶; scrisse Carlo Ginzburg «il negazionismo non è un'opinione [...] è una menzogna. [ma] ritengo che non bisogna trasformare questa menzogna in un reato».

In particolare, nel manifesto detto veniva sottolineato come, vietando le dichiarazioni negazioniste, si potesse fornire ai fautori di quella idea l'occasione di indossare gli abiti, invero immeritati, di alfieri della libertà di espressione¹⁷. Altri metteva pure in evidenza come non ci fosse alcun bisogno di una nuova incriminazione, perché esistevano già leggi attive sul fronte della repressione dell'istigazione alla violenza, all'odio razziale e all'apologia di reati contro l'umanità¹⁸. Infine, si sottolineava come questo tipo di di-

¹⁴ In Austria, la fattispecie di negazionismo è inserita nel quadro della *Verbotsgesetz* del 1947 (legge contro le attività e il partito neonazista). Nel 1992 si è introdotto un nuovo articolo, il § 3 che punisce «chiunque con un'opera di stampa, in radiotelevisione o con altro mezzo di comunicazione di massa o in altro modo pubblico accessibile a una moltitudine di persone nega, banalizza grossolanamente, apprezza o cerca di giustificare il genocidio nazionalsocialista o altri reati contro l'umanità».

In Svizzera, l'art. 261 bis StGB punisce le condotte di negazione, approvazione e il tentativo di giustificazione riguardante tutti i crimini di genocidio e i crimini contro l'umanità.

In Spagna la negazione della Shoah e di ogni altro crimine contro l'umanità, non è considerata reato. Il 7 novembre 2007, con la pronuncia n. 235, il Tribunal Constitucional ha, infatti, dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 607, comma 2, c.p. che puniva con la detenzione fino a due anni la diffusione con qualsiasi mezzo di idee o dottrine «che neghino o giustificchino» i delitti di genocidio o pretendano di riabilitare i regimi o le istituzioni che li commisero.

In Francia l'art. 24 bis, inserito all'interno della legge sulla libertà di stampa, prevede il reato di negazionismo e punisce chi contesta uno o più crimini contro l'umanità. Non mancano poi Ordineamenti che non hanno dato seguito alle Decisione quadro 2008/913/GAI, del 28 novembre 2008, sul presupposto che la loro legislazione interna fosse già conforme alle richieste dell'Unione Europea, si tratta della Irlanda, Danimarca, Svezia, Paesi Bassi e Regno Unito.

¹⁵ M. Flores, S. Levi Sulam, E. Traverso e altri, *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, in www.sissco.it, apparso sulla stampa il 23 gennaio 2007.

¹⁶ *Contra*, v. una raccolta di scritti favorevoli alla soluzione penalistica: Aa.Vv., *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, a cura di F.R. Recchia Luciani-L. Patruno, Genova 2013.

¹⁷ C. Roxin, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, I, 731.

¹⁸ Contro il reato di negazionismo. Appello dell'Unione delle Camere penali, in www.camerepenali.it, 14.10.2013; M. Cassano, *op.cit.*, 283.

chiarazioni potessero essere avversate solo attraverso le armi della cultura e della conoscenza e non tramite obblighi o divieti: combattere le idee negazioniste, quindi, non era un compito del diritto penale ma spettava alla società civile, «attraverso una costante battaglia culturale, etica e politica»¹⁹.

I notevoli dissensi che si registrano in merito all'opportunità di adottare uno strumento di repressione penale del negazionismo non attiene, ovviamente, alla sostanza: tutti sono concordi nel ritenere che le affermazioni negazioniste siano per la loro evidente contrarietà alla verità storica, implicitamente inaccettabili. Il problema era ed è quello di concepire uno strumento repressivo penale che non si ponga in contrasto con gli stessi principi democratici e costituzionali così evidentemente antagonisti ai fondamenti ideologici di quell'orientamento politico²⁰.

In quell'occasione, in effetti, le argomentazioni e le perplessità manifestate dal mondo giuridico e culturale furono così efficaci che il Sen. Mastella, modificando radicalmente il disegno di legge, eliminò ogni riferimento al negazionismo, limitandosi ad inasprire le pene contro chi diffondeva idee sulla superiorità razziale²¹.

Nel 2012, anche sulla scia delle richieste di precise sollecitazioni comunitarie²², la Sen.ce Amati si fece firmataria di un nuovo disegno di legge²³ che, dopo quattro anni di dibattiti, è arrivato alla sua approvazione, anche se profondamente modificato rispetto al suo impianto originario²⁴.

Le ragioni che hanno ispirato l'innovazione legislativa risiedono nel fatto che il rifiuto dell'ideologia politica sottesa a modelli comportamentali aberranti quali quelli che hanno portato all'apertura dei campi di sterminio, come quelli che hanno indotto crimini internazionali altrettanto terribili, costituisce uno dei pilastri fondanti l'ordine pubblico ideale della comunità internazionale²⁵.

Se Auschwitz è un luogo "simbolo" dell'Europa e lo sterminio degli ebrei un evento emblematico per la stessa Unione Europea, nata anche per impedire che evenienze

¹⁹ C. Vercelli, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari 2013.

²⁰ Per l'ampio dibattito sul tema cfr.: D. Brunelli, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *RIDPP* 2016, 978; A. Cavaliere, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, *ivi*, 999 ss.; E. Fronza, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, *ivi*, 1016 ss.; Id. *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, n. 30; Id., *Il negazionismo come reato*, *cit.*; C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino 2008; M. Caputo, *Le verità del diritto penale*, *cit.*, 263; C. Del Bò, *Menzogne che non si possono perdonare ma nemmeno punire. Alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in *Criminalia* 2013, 285.

²¹ D. Pulitanò, *Sulla legittimità dei reati d'opinione nella proposta Mastella*, in *Quad. cost.* n.2/2007, 371.

²² M. Montanari, *L'attuazione della decisione quadro 2208/913/GAI in materia di negazionismo, nel rapporto della Commissione Europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.2.2014, 1; G. Puglisi, *op. cit.*; in una prospettiva di diritto comparato sul tema cfr. G. M. Lozano Te, *op. cit.*; più in generale v. A. Ambrosi, *op. cit.* 212.

²³ Cfr. in senso critico A. S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in www.penalecontemporaneo.it, 10.1.2017.

²⁴ G. Puglisi, *op. cit.*

²⁵ C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano 2007, 97; E. Fronza, *Profili penalistici del negazionismo*, in *RIDPP* 1999, 1034; A. Di Giovine, *Il passato che non passa: cit.*, XII ss.; E. Traverso, *Comparare la Shoah: questioni aperte*, Torino 2006.

tanto tragiche possano reiterarsi, si può comprendere come la proposta di predisporre incriminazioni che colpiscano chi rinnega quel passato, risiede nella volontà che il «patto etico» che regge la federazione europea non venga sovvertito.

Seguendo siffatta linea di pensiero, le opinioni negazioniste andrebbero perseguite in quanto la loro falsità è considerata parte integrante di un disegno propagandistico del quale non occorre attendere gli effetti pregiudizievole, né stabilire il nesso di causalità con i fatti criminosi che ne possano conseguire. Il fondamento delle norme antinegazioniste sarebbe allora reperibile, nel presupposto che la negazione possa correlarsi, alimentandole, a più generali e diffuse condotte antidemocratiche. Le affermazioni negazioniste, devono essere punite in quanto possono essere pericolose per la conservazione del complesso di condizioni che consentono la vita democratica.

Proprio il legame con il metodo democratico, però, porta in evidenza il tema sotteso ad una simile interpretazione: in che limiti la difesa anticipata della democrazia consente di reprimere un'opinione; non è forse vero che una simile soluzione si pone in rotta di collisione con il principio della libertà di manifestazione del pensiero?

Sul punto la dottrina penalistica e costituzionalistica è stata, da sempre, molto chiara: la libertà di espressione è la pietra angolare su cui si costruisce la nostra democrazia²⁶ e la sua tutela deve essere assoluta²⁷, e ciò fintantoché essa sia espressione del metodo democratico²⁸ e non implichi il ricorso alla violenza, questa effettivamente assolutamente bandita dal confronto delle idee²⁹.

Qui, evidentemente, risiede il nodo problematico: è possibile, è necessario, è utile costruire un contrappunto alla libertà di esprimere la propria opinione, quando questa sia aberrante³⁰?

Per poter cercare di fare chiarezza, sia pure in modo assolutamente sintetico, rispetto ad un dibattito che qui può essere solo evocato, tale la sua complessità, si tratta di cogliere i punti nodali della contrapposizione.

Innanzitutto, si mette in evidenza come la Costituzione non ponga alcun limite alla libertà di espressione delle proprie idee: la nostra Carta fondamentale ammette tutte le opinioni, anche quelle dissenzienti ed antagoniste rispetto agli stessi suoi valori fondanti³¹.

Conseguenza inevitabile di quanto sopra detto è che la penalizzazione delle opinioni o della loro mera esternazione sia scelta incompatibile con i principi fondamentali della nostra Costituzione³². Laddove la penalizzazione del negazionismo trovasse il

²⁶ Così definita dalla Corte costituzionale nella sentenza 2.04.1969, n.84; cfr., V. Crisafulli, L. Paladin, *sub art. 21*, in *Commentario breve alla Costituzione*, 1990, 12.

²⁷ A. Pugiotto, *Le parole sono pietre?*, in *DPenCont* 2013, 78; C. Fiore, *Limiti di espressione dell'antagonismo politico*, in *RIDPP* 2016, 894.

²⁸ R. Zaccaria, *Il dissenso politico e ideologico alla luce dei principi costituzionali*, in *RIDPP* 2016, 880.

²⁹ Cfr., per tutti, C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova, 1972.

³⁰ E. Fronza, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso*, *cit.*, 1032, l'autrice afferma, infatti, che sarebbe inutile una libertà dei pensieri innocui. Senza l'accettazione di questo rischio, il pericolo è che si produca un'atrofia.

³¹ Cfr. A Cavaliere, *op. cit.*, 1002.

³² Sul tema dei rapporti tra diritto penale e principio di offensività v. F. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in *L'influenza dei valori costituzionali*

proprio fondamento sull'esigenza di reprimere un modo di pensare o impedire la possibilità di manifestarlo, si andrebbe incontro ad un rischio troppo alto per la stessa democrazia che si alimenta del principio opposto³³: dare voce a chi ha una opinione dissenziente da quella della maggioranza.

Per evitare, allora, che si possa scendere in un reato di opinione, in odore di incostituzionalità, è indispensabile ancorare saldamente la scelta punitiva ad un profilo di offesa; è per questo che si è cercato di ricollegare le dichiarazioni negazioniste alla lesione dell'ordine pubblico, inteso, sia in senso ideale, che, materiale. Si è sottolineato, in dottrina, come si tratti di un bene superindividuale, che si indentifica nell'insieme delle condizioni (giuridiche e fattuali) capaci di favorire il godimento da parte dei consociati dei propri diritti e l'esercizio della vita sociale. Ciò posto, però, finisce per assumere una consistenza imprecisa, quasi fantasmatica, la stessa offesa. Come è stato ben chiarito dalla dottrina, in questi casi, mancherebbe, comunque, la possibilità di parlare di un bene giuridico aggredibile concretamente. Ed infatti, l'ordine pubblico (sia esso ideale che materiale), le idee di tranquillità e sicurezza collettiva non sono altro che oggettività vaghe, indeterminate ed onnicomprensive e, quindi, incapaci di poter svolgere il compito proprio dei beni giuridici: quello cioè di selezionare cosa punire³⁴. Gli interessi super individuali finirebbero per essere dei richiami meramente tautologici e, quindi, inconferenti sul piano dell'offesa, trasformando queste ipotesi da reati di danno in reati di mera condotta, in quanto il danno si integra esattamente nel momento del compimento della condotta vietata.

Non è per caso che, proprio per recuperare un collegamento tra questi beni super individuali ed il piano dell'offesa, si è fatto ricorso a fattispecie di pericolo astratto³⁵. Anche questo tentativo, però, ha mostrato il fianco a critiche insuperabili: per aversi pericolo astratto e non presunto è indispensabile che sia stato possibile, per il legislatore, attuare delle verifiche empiriche³⁶, in grado di dimostrare che la commissione di

sui sistemi giuridici contemporanei, a cura di A. Pizzorusso, V. Varano, I, Milano 1985; F. Mantovani, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Mortati*, Milano 1977.

³³ Cfr. M. Papa, *I limiti di espressione dell'antagonismo politico: spunti di discussione*, in *RIDPP* 2016, 905, in particolare l'Autore afferma che "se la libertà di manifestazione del pensiero va presa sul serio, essa dovrebbe includere la libertà di manifestare qualsivoglia opinione. Qualunque pensiero: a prescindere dal grado di "offensività" o di pericolosità rispetto alla effettiva commissione di successivi reati."

³⁴ La discussione sul principio di offensività è sterminata, per tutti ed ivi ampia bibliografia v. M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996; V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005. In realtà, come ci insegna C. Roxin, non si è ancora riusciti a definire il concetto di «bene giuridico» in modo da offrire una delimitazione giuridicamente fondata e contenutisticamente soddisfacente dell'intervento penale": C. Roxin, *Strafrecht*, A.T. 3°, I, München, 1997, § 2, III, 5, 13; sulla crisi del concetto di bene giuridico cfr., G. A. De Francesco, *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su di una problematica 'moderna'*, in www.la legislazione penale.eu, 11.7.2017.

³⁵ M. Paradi Giusino, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano 1990, 291-292; più in generale sulla problematica dei reati di pericolo v.: A. Gargani, *Il Danno qualificato dal pericolo*, Torino 2005.

³⁶ Cfr. F. D'Alessandro, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Promesse non mantenute del diritto penale*, Milano 2012, 149 ss.

quella condotta determini l'insorgere di un pericolo statisticamente rilevante per il bene giuridico³⁷.

In assenza di una legge statistica che ci permetta di ricostruire questo collegamento tra condotta e messa in pericolo dell'interesse, saremmo di fronte ad un pericolo presunto³⁸ e, quindi, si tornerebbe a punire quella condotta, non in quanto lesiva di un bene giuridico ma solo in quanto espressione di idee diverse da quelle accolte dalla maggioranza.

Stessa sorte toccherebbe al reato di negazionismo costruito come ipotesi di pericolo concreto³⁹ per un bene giuridico come detto impalpabile ed omnicomprensivo⁴⁰. Considerando in tali termini il contenuto di offesa della scelta d'incriminazione si dovrebbe, infatti, fare i conti con l'assoluta indimostrabilità della sussistenza del pericolo per i beni super individuali, con la conseguenza di essere indotti a considerare, ancora una volta, il pericolo come presunto in ogni forma di manifestazione dell'opinione contrastata. Si verrebbero a sanzionare, ad es., le affermazioni aberranti contro la Shoah, senza la possibilità di poter dimostrare che esse siano state concretamente capaci di creare un clima di odio o di intolleranza, ma per un giudizio di carattere storico e culturale che ne manifesta la intollerabile falsità. Per il giudice sarà impossibile distinguere tra un discorso che suscita odio nella collettività ed una mera manifestazione del pensiero, per quanto aberrante, non apparendo disponibile alcun criterio empirico fattuale che consenta il distinguo. Come si fa ad accertare che una lezione all'Università, tenuta da un professore che porta avanti le tesi negazioniste, abbia, in concreto, esaltato le *chance* di offesa dell'ordine pubblico? È sufficiente dimostrare che chi ha realizzato atti di violenza contro gli ebrei sia stato presente alla lezione?

Questo è il motivo per cui una parte della dottrina ritiene che si dovrebbero abbandonare i riferimenti ai beni super individuali, in quanto incapaci di rendere queste ipotesi compatibili con il principio costituzionale di offensività, alla ricerca di un diverso bene giuridico da proteggere: la tutela di un dato acquisito, la verità.

Innanzitutto, bisogna chiarire quale verità: quella giudiziaria o quella storica?

È assolutamente evidente come la verità storica sia qualcosa di diverso dalla verità accertata nel processo, essendo diversi fini e metodi dei due diversi contesti epistemologici. Nel processo, strumento funzionale all'esigenza di ascrivere singole responsabilità individuali, per fatti specifici, al fine di amministrare il rimedio ipoteticamente rappresentato dalla pena, si procede da un'ipotesi, la imputazione, accettando, come effetto collaterale della dialettica *adversary*, che la verità storica, oltre ogni ragionevole dubbio, sia coesistente alle sole dichiarazioni di colpevolezza e non anche alle sentenze assolutorie. Le conseguenze che derivano dalle prime, impongono del resto una serie di garanzie cospicue che sono a presidio del diritto dell'imputato, come il diritto di difesa, quello al contraddittorio e la regola di giudizio del *in dubbio pro reo*, garanzie imprescindibili per tutelare il singolo imputato ma non necessariamente funzionali a

³⁷ A. Tesauro, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *RIDPP* 2016, 969.

³⁸ A. Tesauro, *op.cit.*, 970.

³⁹ F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Sassari 1981, 11 ss.

⁴⁰ A. Tesauro, *op.cit.*, 972.

scoprire la verità. Lo storico procede invece acquisendo ogni genere di informazione funzionale alla ricostruzione di un dato del quale non si ipotizza alcuna preesistenza. L'esito, il prodotto finale delle due indagini è altrettanto differente: mentre, infatti, la verità processuale, accertata in una sentenza passata in giudicato, diventa irrevocabile pur rimanendo l'accertamento confinato strettamente alla singola vicenda processuale (senza che, quindi, il processo ambisca a fornire una conoscenza universale), quella storica è, per definizione, sottoposta ad un incessante ed inevitabile revisione critica proprio in quanto persegue una determinazione condivisa di quanto accertato.

L'assunzione, quale bene giuridico, della verità processuale darebbe luogo, quindi, alla tutela penale di una verità assunta come tale da un determinato assetto politico costituzionale, con un doppio rischio, trasformare il giudice in uno storico con tutte le aberrazioni che ne deriverebbero⁴¹ ed incrinare quella separazione netta tra diritto e morale che rappresenta un caposaldo ineliminabile della laicità dello Stato⁴².

Come ha scritto Domenico Pulitanò, dire che uno Stato è laico significa che esso «non discute [...] (si dichiara incompetente a discutere) questioni di verità, ed intende invece istituire una cornice nella quale questioni di verità e di valori possano essere liberamente discusse»⁴³.

Se queste sono le premesse, ben si comprendono le ragioni per cui la verità storica non può costituire bene giuridico tutelato nel reato di negazionismo⁴⁴.

4. Come abbiamo evidenziato nel paragrafo precedente, le manifestazioni di opinioni negazioniste possono comportare un più o meno diretto ed esplicito incitamento all'odio razziale ed alla violenza e, dunque, al sovvertimento dei valori di libertà e democrazia su cui si fondano gli ordinamenti delle società civili contemporanee. Escluso che l'ordinamento possa immaginare di perseguire un mero modo di essere dei propri convincimenti, rimasto privato, la rilevanza del negazionismo sembra destinata inevitabilmente a manifestarsi in connessione a fattispecie di istigazione o, in modo ancor più pregnante, di propaganda: la diffusione della falsa opinione, che consegue a simili pratiche, permetterebbe di salvare la scelta punitiva dalla critica di aver costruito un nuovo reato di opinione. Non di meno, una volta individuato il bene giuridico in un interesse super individuale, come la pace sociale o l'ordine pubblico, si finirebbe, co-

⁴¹ Conf., D. Pulitanò, *Difronte al negazionismo*, cit., il quale sottolinea come la giustizia istituzionale non sia attrezzata né competente ad imporre alcuna interpretazione di fatti storici.

⁴² G. Fiandaca, Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo", in *RIDPP* 2007, 546; L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in Aa. Vv., *Scritti per F. Stella*, I, Napoli 2007, 163 ss.; D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *RIDPP* 2006, 55; S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Scritti in onore di G. Marinucci*, I, Milano 2006, 139 ss.; E. Dolcini, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale. La Chiesta cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *RIDPP* 2009, 1017; M. Donini, "Danno" e "Offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano 2010, 41.

⁴³ D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, cit., 59.

⁴⁴ A Cavaliere, op. cit., 1007.

munque, per trasformare queste ipotesi in fattispecie di pericolo presunto, cioè in ipotesi in rotta di collisione con la nostra Costituzione, in particolare, con il principio di offensività⁴⁵.

Alla ricerca del substrato offensivo del nuovo strumento punitivo, non resta che intraprendere una strada diversa. Parte della dottrina ha evidenziato come negando la Shoah o le pulizie etniche nei Balcani, ciò che viene in sostanza aggredita è, in primo luogo, la figura delle vittime di tali tristi vicende storiche. Costoro, privati di tutto, si vedono esposti ad un ulteriore sacrificio, quello della propria dignità, legata al ruolo che tristemente la storia ha loro riservato⁴⁶.

Il rilievo ci porta ad analizzare un differente profilo di offesa dei reati di negazionismo: la lesione alla dignità di persone che hanno subito sulla loro pelle i misfatti che ora si tenta di negare⁴⁷.

La dignità è un bene costituzionalmente rilevante, ricavabile, in via principale, dagli artt. 2, 3, 19 21, 41 Cost. Essa è, peraltro, celebrata nel Preambolo della Carta di Nizza (che 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), che sancisce come 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 Carta sancisce l'inviolabilità della persona umana.

In questa prospettiva, anche comunitaria, sembra, allora, verosimile che le affermazioni negazioniste possano legittimare il ricorso alla sanzione, ed a quella penale, in particolare, non tanto, come incitamento all'odio o alla disuguaglianza sociale ma, in quanto, lesive della dignità delle vittime depauperate ulteriormente per la cancellazione della memoria di quei crimini collettivi che le videro soccombere.

I discorsi negazionisti possono essere allontanati dalla dimensione propria dei reati di opinione se solo si pone attenzione alla realtà criminologica sottostante a siffatte affermazioni. Se un discorso razzista (ex art. 3, comma 1, l. 654/1975) può e deve diventare rilevante penalmente, solo se idoneo a creare un clima di odio e di disuguaglianza nei confronti di un gruppo di persone indeterminate⁴⁸, le dichiarazioni negazioniste, invece, dovranno essere punite, in quanto lesive della dignità di persone determinate e determinabili che sono state marchiate a fuoco da quegli avvenimenti realmente verificatisi.

Se risulta plausibile ricondurre al novero dei reati di opinione le fattispecie che penalizzano affermazioni razziste, risultando orientate alla tutela del bene giuridico rap-

⁴⁵Sul difficile rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della dignità v.: A. Tesaro, *La propaganda razzista*, cit., 961.

⁴⁶M. Caputo, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale*. cit., 296.

⁴⁷D. Brunelli, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *RIDPP* 2016, 984, il quale suddivide le affermazioni negazioniste in due ipotesi quelle di negazionismo-vilipendio e quelle di negazionismo-istigazione.

⁴⁸Cfr., A. Tesaro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino 2013, 53 ss.

presentato dal dissesto sociale che ne consegue, con la conseguenza di dover ricostruire queste ipotesi, come fattispecie istigatorie per renderle compatibili con il principio di offensività⁴⁹, ben diverso la cornice in cui collocare il delitto di negazionismo. Affermazioni di tal fatta si rivelano, a ben vedere, direttamente lesive del bene giuridico della dignità delle persone che sono state profanate da quei crimini: in tal senso, la norma non può che essere strutturata come un “reato di diffamazione”, caratterizzato dall’impiego delle parole come sassi acuminati, lanciati verso soggetti in carne ed ossa che devono potersi proteggere da una tale violenta aggressione verso la loro persona. In tali casi, ineluttabilmente, la libertà di manifestazione del pensiero trova un argine ed un contrappunto nel bisogno di preservare un altro bene giuridico, altrettanto significativo, quale l’onore e la dignità⁵⁰.

A questo proposito, possiamo riprendere le affermazioni di Giovannangelo De Francesco⁵¹ che, in un contesto in parte diverso, metteva in evidenza come sarebbe paradossale tutelare l’onore di chiunque, anche di fronte ad un addebito senza fondamento e poi lasciare prive di tutela quelle affermazioni che privano l’altro del rispetto dovuto alla persona umana in quanto tale.

Seppure dotata di una forte evocatività offensiva, la soluzione non risolve certo tutti i possibili problemi. Il rischio è quello che il richiamo ad un vago e generico concetto di dignità possa finire per far perdere alla fattispecie il suo reale aggancio con il piano dell’offesa.

In realtà, ciò che può garantire a queste ipotesi di rimanere saldamente ancorate al piano della lesione del bene giuridico è la loro doppia dimensione lesiva, da una parte, quelle parole feriscono profondamente chi quelle sciagure ha subito sulla sua pelle, dall’altra, si tratta di affermazioni che finiscono per riguardare l’intera umanità. Il timore che il concetto di dignità possa diventare un riferimento solo formale, è fugato, in realtà, dal fatto che siamo di fronte a dei crimini internazionali che fanno, di questa doppia cifra di lettura, il proprio asse portante. Nei crimini internazionali, in effetti, devono manifestarsi entrambe le dimensioni offensive, quella individuale e l’altra collettiva. Se analizziamo il *corpus* dei delitti attribuiti alla competenza della Corte penale internazionale, constatiamo che nella formazione del crimine vengono utilizzati due stadi fondamentali: uno stadio che definisce il disvalore primario ed uno ulteriore di qualificazione internazionalistica che possiamo definire come la componente di sintesi. Essi si manifestano, invero, come una sorta di reati composti, vale a dire reati le

⁴⁹A. Tesauro, *La propaganda razzista*, cit., 962, l’autore sottolinea come, in queste ipotesi, spesso si fa riferimento alla tutela della dignità ma intesa come un astratto valore morale preesistente, auto-assertivo ed allora, anche in questo caso, sarebbe sufficiente, ai fini della punibilità, la sola realizzazione del comportamento conforme al modello legale.

⁵⁰ Sul punto critico S. De Flammines, *op. cit.*, il quale osserva come la libertà di pensiero è parte della dignità umana e, quindi, non si potrebbe limitare la libertà di pensiero per tutelare la dignità umana, essendo questi due valori sovrapponibili e facenti parte dello stesso *genus* di diritti dell’uomo; cfr., A. Ambrosi, *La memoria collettiva e pubblica di massacri e genocidi tra dovere costituzionale di solidarietà e libertà individuali*, in *Dallo Stato Costituzionale Democratico*, cit.

⁵¹ G. A. De Francesco, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Padova 2013, 13.

cui componenti sono ciascuna di per sé connotate in termine di disvalore tale da poterle ricondurre, nella loro dimensione tipica, ad uno qualsiasi degli ordinamenti che aderiscono allo Statuto della Corte Penale Internazionale.

Non si tratta, però, di crimini i cui elementi costitutivi sono ciascuno di per sé reato (ad esempio la rapina come somma di violenza e furto), perché qui non siamo in presenza di una somma di fattispecie, bensì di una sintesi, ossia di un insieme che come tale supera la somma delle sue parti. I singoli reati sono, in sostanza, i nuclei di disvalore primario mentre le strutture portanti sono gli elementi di sintesi e la loro unità forma il crimine internazionale che è, quindi, il frutto di una costruzione molto complessa. L'elemento dominante di qualificazione è la componente di sintesi, perché è questo che dà la struttura, che determina la gravità, che riporta quel crimine prima di tutto nell'ordinamento internazionale, poi in seconda battuta nella competenza della Corte. L'importanza dell'elemento di sintesi è data dal fatto che esso dà ragione di un dato che, altrimenti, risulterebbe inspiegabile, anzi, paradossale e cioè l'equiparazione, nell'ambito di una stessa fattispecie di crimine internazionale, di condotte a disvalore primario assai diversificato e differenziato. Si prenda come esempio l'art. 6 CPI, che descrive le ipotesi riconducibili al crimine di genocidio; contenuto implicito di essa non può che essere l'offesa recata alla vita umana, vuoi mediante plurime condotte di omicidio, vuoi con l'impedire le nascite, il trasferire con la forza bambini appartenenti al gruppo nazionale; quindi, un omicidio, una violenza privata ed un sequestro di persona sono messi sullo stesso piano e poi, tendenzialmente, ascritti alla stessa gravità. Ciò non sarebbe possibile in un ordinamento interno. Allo stesso modo nell'art. 7 CPI (che descrive i crimini contro l'umanità), si trova omicidio, riduzione in schiavitù, *apartheid*; anche qui la portata offensiva intrinseca, legata, cioè, alla dimensione primaria è infinitamente diversa. Cosa fa confluire allora tutte queste ipotesi in un'unica dimensione normativa di crimine internazionale? Non certo il disvalore primario che anzi reclamerebbe una valutazione differenziata e risulterebbe tale da determinare una contraddizione all'interno della fattispecie, bensì l'elemento di sintesi, come ad esempio, nel crimine di genocidio, la identificazione della vittima non nel portatore di un singolare interesse primario, ma in un gruppo, una etnia, una comunità.

Seguendo la linea metodologica descritta nella CPI, possiamo, allora, vedere, per quello che a noi interessa più direttamente, come i crimini contro l'umanità manifestino un contenuto di disvalore composito. In primo piano certo si pongono i contenuti di offesa impliciti alle singole aggressioni perpetrate, in cui sono, facilmente, riconoscibili fattispecie primarie lesive di interessi fondamentali della persona: la vita, l'incolumità fisica, l'integrità psichica e la libertà nelle sue varie manifestazioni; sul fondo, ma a solido e differenziale fondamento di quei crimini, però, emerge il profilo di offesa che non coincide con il numero di offese ai diritti della persona, ma si manifesta per il modo in cui queste offese si realizzano. Sia chiaro, non si intende affermare che la dimensione quantitativa, numerica, delle lesioni perpetrate sia come tale insignificante; essa integra, non di meno, un solo aspetto fenomenologico di una offesa che deve manifestarsi in termini qualitativamente diversi, non integrata da una semplice somma di disvalori primari, impliciti ad un concorso di reati contro la persona, ma piuttosto capace di esprimere una lesione ad un macrovalore, che vede vittima l'intera

“umanità”. È, l'elemento di sintesi che trasferisce questo disvalore primario nella prospettiva del crimine contro l'umanità, rendendo cioè quei soggetti, che sono le vittime dell'azione e subiscono, quindi, in prima persona, quelle attività che concretano il disvalore primario, figure esponenziali di tutta l'umanità. Prendendo ad esempio, come modello prototipico, il delitto di genocidio, questo presenta elementi di raccordo basati in forma immediata sulla trasposizione della persona nel gruppo: se il giudice identifica in quell'attività di soppressione e di persecuzione un'attività che è diretta non contro una vittima determinata, ma contro una vittima esponenziale del gruppo e constatata, poi, che l'attività è finalizzata alla distruzione totale o parziale del gruppo, si è già raggiunta la dimensione del genocidio.

La conclusione che si può, sinteticamente, in questa sede adottare è che i crimini internazionali, per loro vocazione, devono sempre essere letti nella loro doppia cifra di offesa: lesione all'interesse individuale del singolo, che si concreta nell'aggressione ad un diritto della persona fisica, e dimensione sovraindividuale, che rende quell'aggressione crimine internazionale, per l'identificazione che avviene di quel singolo soggetto come esponente dell'intera umanità.

Il “reato” integrato dalla condotta di negare la verità storica di quei crimini internazionali non può che risentire di questa doppio livello di disvalore, per cui la negazione determina, contemporaneamente e necessariamente, la lesione della dignità di quella persona determinata e dell'intera umanità, visto che la lesione del singolo è stata realizzata per offendere il soggetto in quanto appartenente ad un gruppo.

Quello che determina la peculiarità delle ipotesi di negazionismo e le distingue radicalmente dai reati c.d. di opinione è che il soggetto non offende, quindi, una dignità collettiva per sua natura destinata ad essere considerata come bene non determinato, sovraindividuale ed impalpabile ma aggredisce la dignità della persona fisica nel suo contesto internazionale, come vittima esponenziale.

Come ha sottolineato autorevole dottrina, la libertà di espressione, come tutti i diritti, può andare incontro a delle limitazioni⁵²: in questi casi, il contro interesse è la dignità delle persone che vengono lese nella loro doppia dimensione di individui fisici e di appartenenti ad un gruppo.

La conclusione è che la nuova rilevanza penale del negazionismo è lungi dal manifestare pericolose somiglianze con la repressione di un'opinione, posto che ciò che diventa rilevante penalmente non è solo aver espresso affermazioni pericolose per la sicurezza e l'ordine pubblico ma piuttosto aver diffuso un giudizio che offende la storia e la vita delle vittime di quelle atrocità. Il bene giuridico la cui lesione fonda la meritevolezza di pena del negazionismo, esiste ed assume una sua esclusiva pregnanza: chi

⁵² Cfr. R. Guastini, *La semantica del dissenso e diritti costituzionali*, in *RIDPP* 2016, 866, il quale sottolinea tra l'altro come “dal punto vista dell'etica liberale è, in linea di principio, tanto doverosa la tolleranza quanto ingiustificata la repressione del dissenso. Tuttavia, non necessariamente la tolleranza ha da essere indiscriminata: si possono tollerare alcune etiche normative diverse dalla propria, senza per questo tollerarle tutte.” Conf. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1990 il quale afferma che “la tolleranza deve essere estesa a tutti tranne a coloro che negano il principio di tolleranza”.

lo volesse negare, giustificherebbe l'esigenza, di cui parla Gabrio Forti⁵³, di rivedere il concetto stesso di bene giuridico.

Possiamo, allora, concludere che il legislatore, nel momento in cui ha deciso di sanzionare i reati di negazionismo, aveva davanti due scelte: o privilegiare la dimensione di allarme sociale e di incitamento all'odio, attraverso una fattispecie costruita sul paradigma della istigazione, oppure valorizzare il momento di lesione della dignità della persona singola, nella doppia dimensione di individuo e di appartenente ad un gruppo definito. E' chiaro che se intendiamo punire il negazionismo come ipotesi di pericolo per l'ordine pubblico sarà necessario predisporre la tutela attraverso una fattispecie istigatoria, declinata nella sua dimensione di pericolo (con tutte le problematiche che abbiamo già evidenziato); viceversa, se si vuole valorizzare il momento della lesione della dignità, si dovrà predisporre un'ipotesi di reato incentrata, principalmente, sul momento di disvalore della diffusione, così come avviene per le ipotesi diffamatorie.

5. Le osservazioni sin qui svolte e le conclusioni assunte consentono, a questo punto, di affrontare un'ulteriore questione: si deve considerare il negazionismo come una ipotesi circostanziata aggravata di istigazione o si deve piuttosto considerarla una nuova fattispecie criminosa dotata di una propria autonomia, apprezzandone il disvalore autonomo di fattispecie incentrata sulla lesione della dignità della persona, nella sua doppia accezione, individuale e collettiva, così come recepita dai crimini internazionali?

Secondo parte della dottrina, il comma 3 *bis* dell'art. 3 si limiterebbe ad introdurre nel sistema una nuova circostanza aggravante speciale e ad effetto speciale⁵⁴, di carattere oggettivo, incentrata sul disvalore aggiuntivo delle condotte di propaganda, istigazione ed incitamento (cui consegue un'offesa di pericolo per l'ordine pubblico e la pacifica convivenza) conseguente al pericolo di diffusione di idee negazioniste.

A sostegno di questa ricostruzione si potrebbe assumere un argomento testuale: il testo del comma 3 *bis* non si fa carico di descrivere autonomamente le condotte veicolo dell'ideologia negazionista, limitandosi a richiamarne i modelli: propaganda, istigazione e incitamento. Si tratta delle condotte descritte dal comma 1 dello stesso art. 3. Il mero condividere o coltivare una ideologia negazionista, del resto, non potrebbe certo rivelarsi comportamento penalmente reprimibile, per l'antico principio *cogitatione poena noemo patitur*. Laddove invece tale ideologia sia correlata alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nulla osterebbe alla sua repressione. Le ipotesi di propaganda, istigazione e incitamento non avrebbero un significato compiuto in sé ma dovrebbero necessariamente rimandare alla descrizione effettuata al primo comma, si tratterebbe, quindi, di ipotesi speciali, in quanto la condotta del comma 3 *bis* sarebbe, in realtà, descritta, per *relationem* con il primo comma, con la conclusione, quindi, che saremmo necessariamente davanti ad una ipotesi speciale circostanziale.

⁵³ G. Forti, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *RIDPP* 2016, 1057.

⁵⁴ D. Pulitanò, *Difronte al negazionismo*, cit.; S. De Flammines, *op. cit.*; G. Puglisi, *op. cit.*; L. Daniele, *op. cit.*

Questa ricostruzione lascia aperti molti aspetti problematici, così è stato puntualmente rilevato in dottrina⁵⁵.

Una prima obiezione nasce dal rilievo della fenomenologia del negazionismo: esso rappresenta, invero, una sorta di corollario di una più complessa visione politica, che assume la xenofobia e l'antisemitismo come architravi di un processo di polarizzazione del malessere sociale. In questo senso, allora, la norma che struttura il negazionismo come istigazione ad atti di discriminazione o di violenza, verrebbe ad essere solo simbolica ed assolutamente inadeguata a selezionare l'effettivo disvalore criminologico che sta dietro alla Decisione quadro.

Inoltre, questa scelta di considerare le nuove ipotesi come circostanze non convince nemmeno sul piano della razionalità sanzionatoria: la negazione della Shoah risulterebbe infatti punita in misura assai più severa (reclusione fino a 6 anni) di quanto non sia punito chi commetta effettivamente un atto di violenza di stampo razzista, pena massima fino a 4 anni. In questo caso, la dosimetria sanzionatoria non appare convincente, in quanto consentirebbe l'applicazione di una pena più severa senza che il significato della circostanza sia in grado di spiegare l'aumento della pena.

Altrettanto incongruente, la sanzione appare anche nel caso in cui il soggetto attivo ponga in essere propaganda negazionista verso un ebreo rispetto a chi compie propaganda razzista nei confronti di un'altra minoranza. Dove risiederebbe il maggior disvalore descritto nella circostanza?

In effetti, se prendiamo come fondamento dell'incriminazione il pericolo per l'insorgere di atti di violenza, entrambe le dichiarazioni dovrebbero essere, sul piano dell'offesa, ugualmente pericolose.

Insomma, in questo rimando della condotta negazionista al contenuto e modalità del primo comma si perderebbe la ragionevolezza di un inasprimento così significativo della pena. Incitare all'odio, negando la Shoah è più grave e desta maggiore allarme che istigare alla discriminazione verso altre etnie?

Non resta che ripartire chiedendoci se la nuova fattispecie sia, effettivamente, una circostanza aggravante o un titolo autonomo di reato. Per farlo, è indispensabile un'analisi comparata della struttura delle due fattispecie.

Come ormai, da tempo, dottrina e giurisprudenza insegnano⁵⁶, per poter verificare se si tratti, effettivamente, di una circostanza, è necessario accertare la natura accidentale del nuovo contenuto di disvalore, come tale destinato a vivere solo come elemento specializzante di una diversa fattispecie dotata di vita autonoma.

Il comma 3 *bis* dell'art. 3, l. 654/75, sembra richiamare le due fattispecie di cui al comma 1 lett. a) e b) del medesimo art. 3. Si tratta dunque di verificare se le ipotesi di propaganda e istigazione fondate sulla negazione siano o meno ipotesi speciali di quei delitti, per poi concludere che il nuovo nucleo di disvalore assume rilievo circostanziale, ovvero il contrario.

⁵⁵ L. Daniele, *op. cit.*

⁵⁶ Sul punto per tutti v. T. Padovani, *Circostanze del reato*, in *DigDPen* 1988, vol. II, 200 ss.; A. Melchionda, *Le circostanze del reato*, Padova 2000, 72; R. Guerrini, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano 1988, 32.

Le condotte ex art. 3 primo comma puniscono «chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi». Propagandare un'idea significa divulgarla al fine di condizionare o influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico in modo da raccogliere adesioni intorno all'idea propagandata⁵⁷. La condotta di istigazione⁵⁸, invece, può assumere le forme dell'incitamento, dell'inneggiamento, della induzione e deve essere valutata con riferimento al contesto specifico nel quale viene posta in essere. Per istigare si intende il tenere un comportamento volto a fare in modo che altri si possa determinare a compiere un'azione violenta. Questa la definizione che ricorre nella quasi totalità delle rare sentenze in argomento⁵⁹.

A questo punto, dobbiamo chiederci quale tipo di rapporto vi sia tra le ipotesi di propaganda ed istigazione ex art. 3 I comma della l. 654/75, ed il nuovo comma 3 *bis*, in cui si incrimina, per la prima volta, il negazionismo.

Innanzitutto, notiamo come la nuova disposizione faccia, genericamente, riferimento alle condotte di propaganda, istigazione ed incitamento, senz'altro specificare; la prima alternativa, come abbiamo visto, è che si tratti di condotte descritte per *relationem*, dando cioè per scontato che ci si riferisca a quelle indicate dal comma precedente, con la sola specificazione del fatto che si tratti di idee fondate sul negazionismo dei crimini dell'Olocausto e di altri indicati dallo Statuto di Roma.

In effetti, il fatto che si descriva la condotta per *relationem* è uno dei requisiti che la Cassazione⁶⁰ ha individuato come indice per poter ricostruire la natura circostanziale di un'ipotesi criminosa, in particolare, si tratterebbe di un indice debole, come hanno meglio specificato le Sezioni Unite⁶¹, nel senso che fa propendere per una soluzione circostanziale ma, da solo, non è sufficiente per poterci dare una soluzione definitiva⁶². In realtà, a ben vedere, sembra di poter affermare che non si tratti di condotte descritte per *relationem* ma di condotte autonome.

A questo punto, allora, non resta che confrontare gli altri elementi strutturali dei due delitti per definire il tipo di rapporto che intercorre tra le due fattispecie.

L'art. 3, I comma della l. 654/75 descrive la condotta di istigazione come istigazione a commettere atti di violenza o atti di discriminazione, mentre la nuova disposizione fa riferimento all'istigazione da cui derivi pericolo di diffusione⁶³. E' evidente che si tratta di due condotte diverse e non sovrapponibili. L'istigazione dell'art. 3 I comma l. 654/75 riguarda atti di discriminazione e di violenza, laddove l'idoneità della condotta si deve

⁵⁷ Per tutti cfr.: Cass. 23.06.2015, n. 36906, in *CP* 2016, 1011, con nota R. Cappitelli.

⁵⁸ Cass. 22.05.2015, n. 4272, in *CP* 2016, 2021, con nota A. Siliverti.

⁵⁹ Cass. 22.05.2015, cit., 2021.

⁶⁰ Cass., S.U., 26.6.2002, Fedi, in *CEDCass.* m. 221663.

⁶¹ Cfr. R. Bartoli, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziate?*, in *DPP* 2003, 30; F. Basile, *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.

⁶² G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale*, PG, Milano 2012, 492.

⁶³ In generale per i reati di pericolo concreto cfr. F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 11.

tarare sulla capacità che quel messaggio di odio possa trasformarsi in atti concreti di discriminazione o di violenza; vi deve essere, quindi, un' idoneità della condotta a determinare la commissione di quei reati. In effetti, risiede in questo stretto collegamento tra condotta istigatoria e reato da realizzare il legame con il piano di offensività. Questa cifra di lettura, però, si perde, completamente, nel nuovo comma 3 *bis* dell' art. 3 l. 654/1975, in cui le condotte istigatorie sono collegate all' idoneità, non, a commettere determinati fatti criminali, ma, alla diffusione di quelle idee negazioniste⁶⁴.

E' allora evidente che non c'è nessun legame tra la condotta di istigazione alla violenza descritta al I comma e il pericolo di diffusione, richiesto dal nuovo comma 3 *bis* dell'art. 3, l. 654/75.

Lo stesso vale per la condotta di propaganda⁶⁵. Come la giurisprudenza mette in evidenza, nell' applicazione dell'art. 3, comma 1, la propaganda si qualifica, come diffusione di messaggi volti a influenzare le idee e i comportamenti dei destinatari. Propagandare, come ha precisato anche la Corte Costituzionale nell' ormai lontana sentenza n. 87 del 1966, non significa semplicemente divulgare idee da poter portare a conoscenza di altri, ma implica un *quid pluris* consistente in un' azione più specifica il cui risultato è rivolto ad influire sulla psicologia e sull' altrui comportamento. Sembra, quindi, che per integrare la condotta di propaganda non sia sufficiente la sola diffusione ma sia, altresì, indispensabile che la diffusione sia stata idonea a raccogliere consensi intorno all' idea divulgata.

In realtà, mentre, nella fattispecie del primo comma la diffusione è un requisito connesso al concetto di propaganda ma quello che rende questa condotta compatibile con i principi costituzionali, è la sua idoneità a influenzare e condizionare i consensi da parte di chi è il destinatario dell' idea propagandata, quanto descritto dal comma 3 *bis* implica che la diffusione di idee negazioniste costituisca l' evento da accertare, la situazione di pericolo da verificare in concreto; è proprio su questo piano della diffusione che si snoda il nucleo di disvalore di tali ipotesi. Mentre nel primo comma la diffusione è un elemento intrinseco alla propaganda ma non costituisce il nucleo di disvalore della fattispecie, posto che risulta insufficiente ad integrare il delitto la mera diffusione in sé ma è, altresì, indispensabile che quella diffusione sia idonea a ricevere consensi, nel caso, invece, del negazionismo è sufficiente la diffusione come pericolo concreto per integrare immediatamente l' ipotesi criminosa.

In realtà, le condotte incriminate dalla nuova norma si riferiscono a condotte di propaganda, incitamento, istigazione ad idee fondate sul negazionismo. Non si tratta cioè di propaganda o istigazione ad atti di violenza. Siamo quindi di fronte ad ipotesi diverse da quelle descritte al comma precedente⁶⁶.

⁶⁴ A. S. Scotto Rosato, *op. cit.*, 305, questo Autore prospetta la possibilità di vedere nell' evento di diffusione una condizione obiettiva di punibilità o un delitto aggravato dall' evento.

⁶⁵ L. Picotti, *Diffusione di idee "razziate" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *GM* 2006, 1960; Cass. 10.7.2009, in *CP* 2010, 2353, con nota F. Panizzo.

⁶⁶ A. S. Scotto Rosato, *op. cit.*, 296.

Possiamo allora concludere che non sussistendo un rapporto di specialità tra il comma 1 e il comma 3 bis della l. 654/75, è stata introdotta una nuova fattispecie di reato autonoma⁶⁷.

Il legislatore ha abbandonato l'idea di costruire il reato di negazionismo come fattispecie di pericolo astratto rispetto ai beni dell'ordine pubblico e della pacifica convivenza, per strutturare la nuova norma come fattispecie di pericolo concreto rispetto al bene della dignità della persona umana. Per poter fare questo era indispensabile costruire un titolo autonomo di reato che evidenziasse la diversità con le ipotesi precedenti.

Ed, allora, non è un caso che la fattispecie sia modellata sulla falsariga del reato di diffamazione, laddove si punisce solo ed in quanto quelle parole lesive dell'onore e della dignità del singolo siano pronunciate comunicando con più persone.

Le idee negazioniste sono sanzionate solo se sono pronunciate in modo tale da poter essere diffuse, perché è nel momento della comunicazione con gli altri che si realizza il piano della lesione alla dignità del soggetto nella sua dimensione identitaria.

Diverso quello che accade per le condotte ex art. 3 comma 1 l. 654/75, laddove l'oggetto di tutela è rappresentato da beni super individuali e la fattispecie è modellata su condotte istigatorie.

In particolare, per le condotte di istigazione ex art. 3 comma 1 l. 654/75, si dovrà verificare che si tratti di condotte idonee a poter concretizzare i reati descritti nella fattispecie criminosa, non importa, invece, che tali condotte siano anche idonee a creare un pericolo di diffusione. Ciò che rileva è l'idoneità a poter raggiungere l'obiettivo illecito descritto nella fattispecie e questo potrà avvenire anche se il soggetto parla con una singola persona, ciò che conta è l'idoneità della condotta a realizzare quei reati.

La nuova fattispecie, ancorata ad un disvalore diverso, come quello della dignità del singolo, nella sua dimensione internazionale, invece, mette al centro il pericolo di diffusione, indipendentemente dalla idoneità di quelle parole a poter essere accolte da qualcuno che potrà poi realizzare un reato di discriminazione.

In questo senso, appare allora anche più plausibile la differenza sanzionatoria tra le due ipotesi: il comma 1 sanziona un reato di pericolo mentre il comma 3 bis punisce una condotta di danno, risulta, quindi, coerente prevedere una pena maggiore per le ipotesi negazioniste rispetto a quelle disciplinate nel primo comma.

Sembra allora di poter concludere che le ipotesi di negazionismo, così diverse sul piano criminologico dai reati di opinione, abbiano trovato, anche sul piano giuridico, una collocazione autonoma, capace di far emergere una tale differenza valoriale⁶⁸: è consequenziale che il legislatore abbia costruito (non si sa quanto consapevolmente) una fattispecie autonoma che mette al centro di tutela il bene della dignità del singolo, nella sua proiezione internazionale.

⁶⁷ A. S. Scotto Rosato, *op. cit.*, 298.