

A MARGINE DELLA C.D. “AGGRAVANTE DI NEGAZIONISMO”: TRA OCCASIONI SPRECATE E LEGISLAZIONE PENALE SIMBOLICA

di Giuseppe Puglisi

***Abstract.** Dopo un percorso travagliato di ripensamenti e rinvii, l’ordinamento giuridico italiano con la L. 16 giugno 2016, n. 115 introduce l’aggravante di negazionismo, attribuendo rilevanza espressa al fatto di diniego, quale peculiare forma di lesione della dignità umana. La disposizione non è circoscritta solo alla negazione della Shoah, ma, coerentemente con i trend legislativi europei, contempla altresì quella dei crimini di cui agli artt. 6, 7, 8 dello Statuto della Corte Penale Internazionale. Dopo aver preso in considerazione l’evoluzione della normativa antinegazionista sul piano eurounitario e comparato, il contributo evidenzierà che il recente intervento legislativo, confacente – seppure con delle necessarie precisazioni – ai principi di materialità e offensività, non riesce ad essere sufficientemente determinato e preciso, violando, pertanto, il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. L’ elevata carica simbolica di cui è portatore rende il *novum* un prodotto a consumo della maggioranza, con lo scopo (non dichiarato, ma evidente) di catalizzare consenso.*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la L. 16 giugno 2016, n.115 e l’aggravante della negazione dei crimini internazionali. – 2. Il *legal framework* eurounitario: la Decisione Quadro 2008/913/GAI. – 3. Le legislazioni antinegazioniste nazionali: premessa. – 3.1. Le legislazioni antinegazioniste nazionali: cenni in prospettiva comparata. – 4. Le precedenti iniziative legislative nazionali in tema di negazionismo. – 5. Questioni preliminari: i presupposti della rilevanza penale del negazionismo. – 6. Il principio di laicità e il bene giuridico protetto. Tutta una questione di dignità (al plurale). – 7. La negazione dei crimini internazionali. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: la L. 16 giugno 2016, n. 115 e l’aggravante della negazione dei crimini internazionali.

Il 28 giugno 2016 è stata pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* la L. n. 115/16 (progetto di legge n. 2874–B, prima firmataria la Sen. Silvana Amati) recante modifiche “*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 internazionale¹ e in vigore dal 13 luglio.

Acclamata da taluni come «pagina storica» della legislazione nazionale², criticata da altri perché «tecnicamente orribile»³, ovvero fiduciosamente definita come rivolta «al futuro»⁴, la nuova disposizione normativa aggiunge in seno all'art. 3 della L. 13 ottobre 1975, n. 654 il comma 3 *bis*, ai sensi del quale: «[s]i 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».

Il fatto di diniego ha adesso espressa rilevanza per l'ordinamento giuridico quale *accidentale delicti* (aggravante speciale, oggettiva, atipica e indipendente)⁵, ma non è circoscritto al solo Olocausto ebraico, confluendo nel suo alveo anche la negazione dei crimini internazionali in genere⁶; accedendo poi a una visione sostanziale di tipicità e di anti-giuridicità, la circostanza si colloca a metà tra l'aggravamento dell'offesa tipica per specificazione⁷ (data la particolare materia oggetto del diniego) e l'incremento della

¹ Legge 16 giugno 2016, n. 115 pubblicata in G.U. del 28 giugno 2016, n. 149, consultabile accedendo a http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario;jsessionid=1LAXOZmsdmE36mvRHCTaMg...ntc-as3-guri2b?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2016-06-28&atto.codiceRedazionale=16G00124&elenco30giorni=false.

² RENZO GATTEGNA, presidente della Unione delle Comunità Ebraiche Italiane (UCEI), presente in aula al momento della discussione e della approvazione: «[...] l'Italia scrive una pagina storica della sua recente vicenda parlamentare e dota il legislatore di un nuovo fondamentale strumento nella lotta ai professionisti della menzogna, tutelando al tempo stesso, con chiarezza, principi irrinunciabili quali la libertà di opinione e di ricerca»; cfr., per tutti, http://www.repubblica.it/politica/2016/06/08/news/negazionismo_si_camera_a_legge_da_2_a_6_anni_carcere-141594281?refresh_ce, 8 giugno 2016, articolo a firma di A. CUSTODERO.

³ FRANCESCO PAOLO SISTO, deputato di Forza Italia (FI), *loc. ult. cit.*

⁴ CHIARA RIBAUDDO, vice-presidente del gruppo del Partito Democratico (PD), *loc. ult. cit.*

⁵ Nella manualistica sul reato circostanziato si veda, per tutti, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, 621 ss. Utilizziamo la definizione di *accidentale delicti* in senso "convenzionale", ma è ormai opinione comune che le circostanze siano: 1) essenziali ai fini della descrizione della fattispecie circostanziata e 2) rilevanti, dal momento che, modificando la risposta sanzionatoria, mutano l'astratta gravità del reato-base. L'accidentalità dovrebbe quindi essere intesa come *dipendenza* della fattispecie circostanziata – che ha una sua tipicità e offensività – dalla fattispecie base, in questo senso vd. A. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *RIDPP*, n. 2/2009, 639 ss.

⁶ In commento al progetto approvato dal Senato il 15 febbraio 2015, poi confluito nella norma di recente approvazione, D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *questa Rivista*, 8 marzo 2015, osserva: «ad una considerazione solo formale, parrebbe di poter dire (con una qualche forzatura retorica) 'tanto rumore per nulla'. O forse è il caso di prendere atto che la sostanza sta nella forma, nella espressa proclamazione che il negazionismo è (più precisamente: può essere) reato», giudicando sufficientemente attuata la Decisione Quadro 2008/913/GAI.

⁷ A. SPENA, *Accidentalia delicti?*, cit., 667: «predisponendo la fattispecie del reato circostanziato, allora, non si fa altro che *selezionare*, tra quelle già contenute nella descrizione tipica dell'offesa di base, una particolare forma realizzativa, alla quale però si riconosce una gravità talmente accentuata da rendere necessario, o quantomeno opportuno, da un punto di vista politico-criminale, connettervi un aggravamento della

illiceità materiale del fatto, ovverosia della indesiderabilità etico – sociale delle sue conseguenze⁸.

L'autonoma menzione della *Shoah* (*species*) rispetto ai crimini di genocidio (*genus*) – che, invece, fa *tandem* con gli altri crimini – dà *prima facie* l'impressione che si tratti di una norma accentratrice di consensi⁹, malgrado se ne possa inferire che la ragione di questa differenziazione risieda nella *unicità* – affermata qui indirettamente – dell'Olocausto ebraico¹⁰.

Benché la configurazione di una fattispecie circostanziata dovrebbe scongiurare l'effetto di deterrenza che una disposizione incriminatrice *ad hoc* avrebbe sulla libertà di ricerca storica¹¹, la norma presta nondimeno il fianco a un duplice ordine di critiche: in primo luogo, il rinvio alla *definizione* contenuta nello statuto della Corte penale internazionale, cumulandosi con gli elementi normativi “*superiorità*” e “*odio razziale o etnico*”, nonché alternativamente con la condotta di *propaganda e istigazione* di cui al fatto base, esacerba il *deficit* di determinatezza – di per sé garanzia di quantità e qualità

forbice edittale altrimenti applicabile: sul presupposto implicito che la forbice edittale del reato base non sia in grado di esprimere, per intero, il disvalore dell'offesa, quando questa assume certe “dimensioni”», corsivo dell'A.

⁸ In questi casi la negazione delle epifanie del male, come nota A. SPENA, *op. cit.*, in prospettiva generale, «pur non aggiungendo nulla all'offensività (tipica o concreta) del fatto» si colora «di una nota di disvalore ulteriore», che la rende «dal punto di vista sociale (o meglio: nella lettura che l'ordinamento dà di questo punto di vista) ancor più indesiderabile di quanto già non sia indesiderabile l'offesa non scriminata arrecata all'interesse protetto dalla norma base», 683.

⁹ Su questo profilo vd., per tutti, E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in RIDPP, 1993, 80 ss.; C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in RIDPP, 1992, 849 ss.

¹⁰ Un evento che «perturba in profondità le strutture sociali odierne», secondo E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in RIDPP, 1999, 1034 ss., 1064. Sul punto A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: “Eichmann di carta” e repressione penale*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, n. 1/2006, XIII ss., nota che: « [s]i tratta allora di prendere atto 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 liberaldemocratici uscito dall'immane tragedia della seconda guerra mondiale: in particolare l'Olocausto è diventato quasi la matrice memoriale, la metafora del ventesimo secolo, impedendo che il passato si decanti in memoria, ma prolungandone la presenza come ossessione del male assoluto», XXVII. Per un esame dell'affermazione in prospettiva storica vd. E. TRAVERSO, *Comparare la Shoah: questioni aperte*, Torino 2006.

¹¹ È ormai nota la rimarchevole differenza tra lo storico, fisiologicamente revisionista, e il negazionista: il primo tende a rivedere *sine ira ac studio* «le opinioni storiche consolidate alla luce di nuovi elementi e di nuove conoscenze acquisite nel corso della ricerca, col risultato di operare una reinterpretazione e una riscrittura della storia», mentre il secondo «nega la stessa esistenza della *Shoah* e ritiene destituiti di fondamento i fatti alla base della sua ricostruzione storica, entrando inevitabilmente in conflitto con qualsiasi regola storiografica prestabilita», E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, rispettivamente XIII e XV. Sul primo impiego del termine “*négationnisme*” cfr. H. ROUSSO, *Le Syndrome de Vichy: 1944–198...*, Parigi, 1987 e ID. *Le syndrome de Vichy: de 1984 à nos jours*, Parigi, 1990. Sul revisionismo storico vd. D. LOSURDO, *Il revisionismo storico. Problemi e miti*, Roma–Bari, 2002; in materia di negazionismo vd., per tutti, P. VIDAL–NAQUET, *Les Assassins de la mémoire*, Parigi, 1987 e il recente lavoro di C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma–Bari, 2013.

della risposta penale¹² – tradizionalmente (e a ragione) rimproverato ai reati di discriminazione razziale; la strutturazione in questi termini dell'aggravante, poi, dà man forte a quanti, esprimendosi in *subiecta materia*, lamentano recisamente (e non senza fondamento) una indebita interferenza del giudice nel campo di elezione dello storico e della legge in materia di verità¹³.

Pertanto, analizzata seppure cursoriamente la “legislazione eurounitaria” e comparata in argomento, nell'ultima parte di questo lavoro si esamineranno le perplessità destinate della nuova aggravante, passando per la verifica dei presupposti che rendono *in astratto* legittima la risposta penale in materia, nonché di soluzioni alternative.

2. Il *legal framework* eurounitario: la Decisione Quadro 2008/913/GAI.

Il *novum* legislativo affonda le sue radici nella Decisione Quadro 2008/913/GAI¹⁴, ma interviene, ammesso che intervenga¹⁵, con notevole ritardo rispetto al termine ultimo di recepimento da essa stabilito *ex art.* 10¹⁶.

¹² Sul punto vd., per tutti, S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza /tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001; F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979.

¹³ Sono penetranti le critiche di M. FLORES, *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, in *Il Mulino*, 2007, 504 ss., 509: «[s]i tratterebbe, infatti, nient'altro che di una dichiarazione di principio per dimostrare che uno Stato ha a cuore la verità storica e non intende accettare, con la sua negazione, di fomentare l'odio, il disprezzo, la possibilità che quegli eventi si ripetano».

¹⁴ Decisione Quadro 2008/913/GAI «Lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale», del 28 novembre 2008, pubblicata in *G.U.U.E.*, L. 328/55 del 6 dicembre 2008. Il tormentoso *iter* prodromico alla decisione quadro è descritto in L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, 37–50. Sulla decisione quadro in generale cfr.: A. AMBROSI, *La memoria collettiva e pubblica di massacri e genocidi tra dovere costituzionale di solidarietà e libertà individuali*, in S. RIONDATO (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia?*, Padova, 2012, 205 ss.; L. CAJANI, *Criminal Laws on History. The case of the European Union*, in *Historie*, vol. 11, 2011, 19 ss.; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 69 ss.; C. D. LEOTTA, *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della Corte EDU sul genocidio armeno (2015)*, Milano, 26–28; P. LOBBA, *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, 109 ss.; C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/Gai; due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 645 ss.; T. M. MOSCHETTA, *La decisione quadro 2008/913/GAI contro il razzismo e la xenofobia: una «occasione persa» per l'Italia?*, in *Giureta. Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, XII, 2014, 26 ss.; L. PECH, *The law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-Wide Prohibition*, in T. HOCHMANN, L. HENNEBEL (diretto da), *Genocide Denial and the Law*, Oxford, 2011, 185 ss.; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., 259 ss.

¹⁵ Vd. più avanti.

¹⁶ Art. 10 «Attuazione e riesame»: 1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni della presente decisione quadro anteriormente al 28 novembre 2010; 2. Entro tale data gli Stati membri trasmettono al segretariato generale del Consiglio e alla Commissione il testo delle disposizioni inerenti al recepimento nella legislazione nazionale degli obblighi imposti dalla presente decisione quadro. Sulla base di una relazione redatta a partire da tali informazioni dal Consiglio e di una relazione scritta

Archetipo necessario di ogni analisi sul punto, la decisione quadro è stata, nel contesto della lotta al razzismo e alla xenofobia tramite il diritto penale, un vero e proprio spartiacque sia con riferimento alle politiche della Unione Europea stessa¹⁷ sia, com'è naturale, per quegli ordinamenti nazionali che prima erano privi di disposizioni apposite in materia.

L' art. 1 prevede che gli Stati adottino misure necessarie affinché siano punite, con «sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive» (art. 3 § 1) «[...] che prevedono la reclusione per una durata massima compresa almeno tra uno e tre anni» (art. 3 § 2), le condotte di: [...] (lett. c) «[...] apologia, [...] negazione o [...] minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, 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», alla condizione indefettibile che «i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro»; nonché (lett. d), *ceteris paribus*, i medesimi fatti relativi ai crimini di cui all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945.

L' apologia, la negazione, la minimizzazione grossolana sono condotte di per se stesse dotate di pregnanza semantica distinta, perché «un conto è affermare che non c'è mai stato alcun Olocausto, un altro asserire che l'Olocausto c'è stato ma è stato un bene che ci sia stato, un altro ancora dire qualcosa del tipo [...] che l'Olocausto è stata una conseguenza inevitabile della guerra e in guerra, si sa, accadono molte cose brutte»¹⁸, sebbene possano rivelarsi difficili da scindere in concreto¹⁹. Tuttavia, poiché ai fini della

della Commissione, il Consiglio esamina, entro il 28 novembre 2013, in quale misura gli Stati membri si siano conformati alla presente decisione quadro. 3[...]. Il rapporto della Commissione europea sull'attuazione della decisione quadro datato 27 gennaio 2014 è consultabile all'indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2014:0027:FIN:IT:PDF>; vd. pure M. MONTANARI, [L'attuazione italiana della decisione quadro 2008/913/GAI in materia di negazionismo, nel rapporto della Commissione europea](#), in questa Rivista, 18 febbraio 2014.

¹⁷ L'antecedente più importante è costituito dalla Azione Comune 96/443/GAI del 15 luglio 1996, adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K.3 del TUE (Maastricht), «nell'ambito dell'azione intesa a combattere il razzismo e la xenofobia», pubblicata in *G.U.*, L185 del 24 luglio 1996, 5-7; atto che, sebbene *non legally binding*, per la prima volta, *ex lett. c.*, Titolo I, contempla «la negazione pubblica dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 aprile 1945, qualora comprenda un comportamento sprezzante e degradante nei confronti di un gruppo di persone definito rispetto al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica». Per un quadro delle politiche a sostegno dell'integrazione, della prevenzione e dell'eliminazione dei fenomeni razzisti, antecedenti all'azione comune 96/443/GAI, cfr. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., 20-32 e *Id.*, *La cooperazione giudiziaria in materia penale e la proposta di Decisione-quadro relativa alla lotta contro il razzismo e la xenofobia*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, II, Napoli, 2005, 1499 ss.

¹⁸ C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare ma nemmeno punire. Alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in *Criminalia*, 2013, 285 ss., 288.

¹⁹ «[N]egare l'Olocausto si abbina a una giustificazione del medesimo, magari non sempre esplicita (tranne nelle frange neonaziste radicali) ma esposta sotto forma di una qualche contestualizzazione e

loro rilevanza penale non basta che sia integrato l'elemento materiale, ma occorre che esse siano *pubblicamente dirette* contro un gruppo o un suo membro e *idonee a istigare*, parrebbe doversi concludere che non è punita la negazione “nuda e cruda”, ma quel diniego, quella apologia e quella minimizzazione che si configurino come istigazione indiretta²⁰.

In altri termini, il baricentro dell'incriminazione a livello europeo è già orientato a favore di un *qualifizierte Auschwitzlüge* (negazionismo qualificato [appunto dalla capacità istigatoria]) e non del *bloße Auschwitzlüge* (negazionismo puro). *Ad adiuvandum* la decisione quadro attribuisce agli Stati la facoltà di circoscrivere ulteriormente la rilevanza penale delle condotte: l'art. 1 § 2 prevede che «gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi»; mentre ai sensi del § 4 solo per la negazione e minimizzazione grossolana: «[a]ll'atto dell'adozione della presente decisione quadro o in un momento successivo, uno Stato membro può fare una dichiarazione secondo cui [le] renderà punibili [...] solo qualora tali crimini siano stati accertati da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato membro e/o di un tribunale internazionale, oppure esclusivamente da una decisione passata in giudicato di un tribunale internazionale», rispettivamente secondo i *modelli tedesco, inglese e francese*²¹, cui l'atto normativo si è chiaramente ispirato.

Tali elementi ulteriormente restrittivi del *Tatbestand* alimentano alcune questioni di non poco momento: l'ordine pubblico, oggetto della *clausola tedesca*, è un bene giuridico che nell'ambito delle fattispecie di istigazione si presta ad usi strumentali, tanto da far paventare in senso alla decisione quadro «uno slittamento della nozione [...] dalla concezione materiale a quella ideale o normativa»²²; il *modello francese* «discrimina irragionevolmente tra crimini di indubbio carattere atroce e massivo sulla base di un requisito eccentrico rispetto alla *ratio* che dovrebbe sottostare al divieto di espressioni negazioniste»²³, dal momento che fa dipendere la punizione della negazione dal giudicato di un organo giurisdizionale, con la conseguenza che verrebbero esclusi dallo spettro protettivo fatti che pur verificatisi, non hanno mai

relativizzazione di quel che è avvenuto ad Auschwitz», C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare*, cit., 296.

²⁰ La perspicua osservazione è di P. LOBBA, *op. cit.*, 135, che afferma come le condotte di apologia, negazione e minimizzazione grossolana sono forme di manifestazione delle lettere a) e b) di cui al medesimo articolo. Per completezza si osserva che l'art. 1 dispone siano anche incriminate: (lett. a) «l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica» ovvero (lett. b) «la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera a) mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale».

²¹ P. LOBBA, *op. cit.*, 146–151 parla di *clausola tedesca, inglese e francese*.

²² P. LOBBA, *op. cit.*, 149.

²³ P. LOBBA, *op. cit.*, 147, il quale sottolinea altresì che «l'oggetto giuridico tenderebbe così a identificarsi con la salvaguardia dell'autorità di tali organi giurisdizionali – attraverso la tutela dei “fatti giudizialmente stabiliti” –, svincolandosi dalle ragioni incentrate sulla lotta a razzismo e xenofobia», corsivi dell'A.

formato oggetto di accertamento giurisdizionale interno o internazionale. Solo la *clausola inglese* sembra presentare minori attriti rispetto ai principi del diritto penale liberale.

Corre l'obbligo di una precisazione: l'art. 1 della decisione quadro non si limita a prevedere quale oggetto delle condotte da penalizzare la sola *Shoah* (cui implicitamente rinvia, menzionando l'art. 6 dello statuto del Tribunale internazionale di Norimberga²⁴), ma contempla altresì i crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra; scelta che, come si è visto, è stata recepita anche dal nostro legislatore.

Vengono quindi messe a dura prova le premesse giustificative: è vero che una tale opzione sottrae gli ordinamenti alla obiezione dei “due pesi, due misure”, ma non può non evidenziarsi che l'offesa alla dignità umana – unico *rechtsgut* a poter pretendere legittima tutela quando diniego e libertà di manifestazione del pensiero si incontrano (scontrandosi) – senza indicatori di contesto trascolora, impallidisce e rischia di sacrificarsi anche in nome della repressione degli oppositori politici: «[p]ossiamo sempre, ad esempio, scorgere un celato intento razzista in chi contesta l'esistenza o la qualificazione giuridica del genocidio armeno, in assenza di indici di contesto? E, vista l'estensione *cronologicamente indefinita* della protezione legislativa dei genocidi e dei crimini contro l'umanità, ad esempio, fino a che momento storico è lecito farla retroagire?»²⁵ sono alcune domande che la dottrina si è posta.

²⁴ L'articolo 6 così recita: «Il Tribunale[...] sarà competente a giudicare e punire tutti coloro che, agendo per conto dei Paesi Europei dell'Asse, avranno commesso sia individualmente, sia quali membri di una organizzazione, uno dei delitti seguenti. Gli atti sotto menzionati, o uno qualunque di essi, costituiscono crimini sottoposti alla giurisdizione del Tribunale e comportano una responsabilità individuale:

a) Crimini contro la pace: vale a dire la progettazione, la preparazione, lo scatenamento e la continuazione di una guerra d'aggressione, o d'una guerra in violazione di trattati, assicurazioni o accordi internazionali, ovvero la partecipazione a un piano concertato o a un complotto per commettere una delle precedenti azioni;

b) Crimini di guerra: vale a dire la violazione delle leggi e degli usi di guerra. Queste violazioni includono, senza esserne limitate, l'assassinio; il maltrattamento o la deportazione per lavori forzati, o per qualsiasi altro scopo, delle popolazioni civili dei territori occupati o che vi si trovano; l'assassinio o il maltrattamento di prigionieri di guerra o di naufraghi; l'esecuzione di ostaggi; il saccheggio di beni pubblici o privati; la distruzione ingiustificata di città e di villaggi, ovvero le devastazioni non giustificate da esigenze d'ordine militare;

c) Crimini contro l'umanità: vale a dire l'assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e qualsiasi altro atto inumano commesso ai danni di una qualsiasi popolazione civile, prima e durante la guerra, ovvero le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi, quando tali atti o persecuzioni – abbiano costituito o meno una violazione del diritto interno del Paese dove sono state perpetrate – siano state commesse nell'esecuzione di uno dei crimini rientranti nella competenza del Tribunale, o in connessione con uno di siffatti crimini [...].», in http://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Patto-di-Londra-e-Statuto-del-Tribunale-internazionale-militare-di-Norimberga-1945/170.

²⁵ «La storia dell'umanità, purtroppo, abbonda di massacri; tuttavia, non sembra corretto inquadrare in categorie moderne – quali il genocidio – fatti avvenuti prima di una loro elaborazione giuridica ma, soprattutto, in periodi in cui diverso era il *significato sociale* dei valori sui quali tali nozioni affondano le radici», P. LOBBA, *op. cit.*, 146, i corsivi, qui e nel testo sono dell'A. Nello stesso senso J. LUTHER, *L'antinegazionismo nella esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2008, 1193 ss., 1220. Sulla *slippery slope fallacy*, vd. D. N. WALTON, *Slippery Slope Arguments*, Oxford, 1992.

Se deve dunque accogliersi positivamente l'aver circoscritto la punibilità alle condotte equivalenti a istigazione indiretta²⁶, la Decisione Quadro 2008/913/GAI dissimula faticosamente un altro obiettivo: la strutturazione in sede di predisposizione, per un verso, e la cementificazione in sede di attuazione, per altro, dell'identità europea²⁷.

3. Le legislazioni antinegazioniste nazionali: introduzione.

La repressione penale del negazionismo nel contesto europeo è estremamente eterogenea: si tratta di un reato a geografia variabile²⁸, 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'autodeterminazione. La *vis expansiva* – o, se si preferisce, la *forza centrifuga* – delle fattispecie di negazionismo pone l'interprete dinnanzi alle medesime questioni prima indicate in merito alla Decisione Quadro 2008/913/GAI: la scelta “pan-incriminatrice” *tout court*, e non per il tramite di circostanze che aggravano la pena, impedisce di contestare in questi casi l'interpretazione ufficiale che i governi nazionali attribuiscono agli eventi, anche se questa in ipotesi sia controversa.

Il contenuto circoscritto di questo lavoro non ci consente di ripercorrere le tappe legislative e giurisprudenziali delle esperienze antinegazioniste d'oltreoceano²⁹ né di esplorare quello che, allo stato, ci pare corretto definire “il doppio statuto punitivo” (indiretto, perché operante in sede di scrutinio sul rispetto ad opera degli Stati-parte degli *standard* convenzionali), delineatosi in seno alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU).

Basterà qui ricordare come a Strasburgo la negazione dell'Olocausto ebraico viene regolarmente ricondotta nello spettro operativo dell'art. 17 CEDU, che inibisce in radice ogni esame del merito dei ricorsi e taccia l'impostura negazionista come *abusiva*

²⁶ C. SOTIS, *Le “regole dell'incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, sottolinea come essa contribuisca, rispetto alla precedente Azione Comune del 15 luglio 1996, a valorizzare il *Tatstrafrecht* in seno alle politiche penali dell'U.E.: «la richiesta di penalizzazione viene circoscritta ai soli «comportamenti (...) posti in essere in modo atto ad istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro», che riconduce il reato di negazionismo dentro lo scenario dei reati di opinione, certamente non “il migliore dei mondi possibili”, ma pur sempre riconducibile al paradigma dell'offesa», 107, vd. pure nt. 246.

²⁷ In questo senso C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 97, secondo cui «il negazionismo costituisce paradigma di quei beni che abbiamo definito come *strumentali all'identità* dell'Unione europea. Il negazionismo, infatti, nega l'universo etico-politico, nato in Europa dopo la seconda guerra mondiale, che costituisce [...] il “fine alto” su cui poggia tutta la costruzione comunitaria».

²⁸ E. FRONZA, *Negazionismo (diritto penale)* (voce), in *Enc. Dir. Annali*: VIII, Milano, 2015, 633–658, 636.

²⁹ Di cui dà estensivamente conto L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., 107–137.

perché *in re ipsa* incita all'odio³⁰; viceversa, quando la negazione riguarda la qualificazione giuridica di un fatto, ma non anche la sua portata lesiva – la mente va obbligatoriamente al *Perinçek case* –, ci sarebbero margini di manovra per esaminare la questione nel prisma dell'art. 10 CEDU (e nel caso di specie anche dell'art. 8 CEDU – «diritto al rispetto della vita privata e familiare»), dichiarando infine la violazione della libertà di espressione.

La deduzione è avvalorata dalla 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”; nondimeno essa resta problematica, paventandosi il rischio di una gerarchizzazione *de facto* delle sofferenze connesse ai due eventi³¹.

3.1. Le legislazioni antinegazioniste nazionali: cenni in prospettiva comparata.

La ricostruzione degli interventi legislativi in materia³² deve *a fortiori* cominciare dall'ordinamento francese, il primo in Europa a dotarsi di una disposizione *ad hoc*. La «*loi Gayssot tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*»³³ inserisce

³⁰ Fondamentale a riguardo è l'approfondita analisi di P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in RIDPP, 2014, 1815 ss.

³¹ Sul caso *M'bala M'bala c. Francia*, nonché per un sintetico inquadramento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema e per alcune riflessioni generali, vd., volendo, G. PUGLISI, [La «satira negazionista» al vaglio dei Giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in “rime sparse” sulla negazione dell'Olocausto](#), in questa Rivista, 22 febbraio 2016 e bibliografia citata cui, sulla vicenda *Perinçek*, devono aggiungersi: F. CORTESE, *Che cosa ci insegna il caso Perinçek*, in [www.dpce.it/dpceonline12016](#), n. 1/2016; G. DELLA MORTE, *Bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della dignità del popolo armeno nella sentenza Perinçek c. Svizzera della Corte europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. internaz.*, n. 1/2016, 183 ss.; F. GIULIMONDI, *Sterminio degli Armeni: quando la storia è portata nelle aule di giustizia in sede europea*, in [www.dpce.it/dpceonline12016/](#), n. 1/2016; C. D. LEOTTA, *Profili penali del negazionismo*, cit.; nonché i lavori di C. M. CASCIONE, *Genocide denial and freedom of expression in the Perinçek Case: A European overruling or a new approach to negationism?*; A. MACAYA, *Focus sur Perinçek c. Suisse. La question de la limitation à la liberté d'expression nécessaire dans une société démocratique*, C. D. LEOTTA, *Brief remarks on the balancing method 'truly' adopted by the ECtHR Grand Chamber in Perinçek c Switzerland*, tutti in G. DELLA MORTE (a cura di), *When is a criminal prohibition of genocide denial justified? The Perinçek Case and the risk of a double standard*, all'indirizzo: [www.qil-qdi.org/category/zoom-in/criminal-prohibition-genocide-denial-justified-perinçek-case-risk-double-standard/](#), 31 maggio 2016.

³² Sul punto si vedano, per tutti, i fondamentali lavori di E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit.; ID., *Il negazionismo come reato*, cit.; ID., *Negazionismo (diritto penale)* (voce), cit., 636–638; L. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, in AA. VV., *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo fra storici e giuristi*, G. RESTA – V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), Napoli, 2012, 371 ss. e ID., *La storia nel mirino del diritto penale*, in [www.dpce.it/dpceonline12016/](#), n. 1/2016, cui si rinvia per la disciplina dei Paesi qui non menzionati, nonché per i riferimenti legislativi in nota non altrimenti specificati.

³³ *Loi n°90–615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*.

all'interno della legge sulla libertà di stampa – legge 29 luglio 1881³⁴ – l'art. 24–bis, che sanziona «chi contesta (...) uno o più crimini contro l'umanità», come definiti dall'articolo 6 dello statuto di Norimberga «e che sono stati commessi o dai membri di una organizzazione dichiarata criminale ex art. 9 del menzionato statuto, o da un individuo riconosciuto colpevole di tali crimini da una giurisdizione francese o internazionale»³⁵.

È evidente come la Decisione Quadro 2008/913/GAI abbia tenuto in considerazione questa disposizione nel disciplinare una delle possibili (e accessorie) clausole di offensività, mentre, invece, abbia ampliato le condotte punibili, dal momento che a rigore la fattispecie francese è circoscritta alla contestazione, sebbene abbia assunto nei procedimenti esaminati dalle corti interne molteplici forme di manifestazione³⁶.

³⁴ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, reperibile all'indirizzo: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=AE966E732C0246C45CCBC014833351F3.tpdila22v_2?cidTexte=JORFTEXT00000877119&dateTexte=19940228.

³⁵ Art. 24 bis: «Seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale. Le tribunal pourra en outre ordonner : l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131–35 du code pénal.». Accanto alla loi Gayssot, che può definirsi *loi mémorielle* “qualificata” per il fatto di comminare delle sanzioni, si collocano delle *lois mémorielles* in “senso stretto”, che si limitano a riconoscere l'importanza per l'ordinamento francese di determinati eventi storici. Ci riferiamo alla *Loi Taubira*, che definisce crimini contro l'umanità sia la tratta degli schiavi nell'Oceano Atlantico e nell'Oceano Indiano sia la schiavitù, praticata a partire dal XV secolo «in America, nei Caraibi, nell'Oceano Indiano e in Europa contro le popolazioni africane, amerindiane, malgascse e indiane (*Loi n. 2005–158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*, art. 1), alla *Loi Mekachera* (*Loi n. 2005–158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés*, art. 1), promossa dai cittadini francesi rimpatriati dopo la guerra di Algeria, che dichiara riconoscenza agli uomini e alle donne che parteciparono alle attività compiute dalla Francia negli ex dipartimenti francesi d'Algeria, in Marocco, in Tunisia e in Indocina, come pure nei territori un tempo sotto sovranità francese, consultabili all'indirizzo www.legifrance.gouv.fr.

³⁶ Cfr. B. ADER, *L'état de la jurisprudence sur la notion de négation depuis la loi Gayssot*, Colloque, Légipresse n. 293, aprile 2012, 233, citato da E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 51, nt. 151. La Studiosa italiana evidenzia che la contestazione di un crimine contro l'umanità può assumere diverse forme nell'ordinamento francese: «la minimizzazione oltraggiosa (*Cour Appel Paris*, 21 gennaio 2009, n. 08/02208), la contestazione della cremazione di esseri umani nei campi di concentramento (*Cour Appel Paris*, 18 giugno 2008, n. 07/08276), la citazione di passaggi di un libro negazionista vietato in Francia (*Cour Appel Paris*, 11 settembre 2002, n. 01/01445), la negazione pura e semplice del genocidio ebraico affermando, davanti ad una classe di studenti, l'esistenza di un'altra verità (*Cour Appel Metz*, 27 settembre 2000, n. 971/2000), la difesa di una teoria revisionista tramite l'impiego del termine Olocausto, genocidio o sterminio tra virgolette (*Cour Appel Paris*, 1 aprile 1992, n. 5571/91), il paragonare Auschwitz a un paradiso rispetto alle condizioni di vita imposta agli africani (*Cour Appel Paris*, 2 aprile 2009, n. 08/00017)», 51. A. DI GIOVINE, *op. cit.*, XXIII ricorda altresì che «la Cassazione francese ([in] *Guionnet* deciso con sentenza del 23–2–1993) si è trovata davanti a un caso non di negazione, ma di minimizzazione dello sterminio degli ebrei, ridotto ad una cifra di soli 125.000 morti nel campo di Auschwitz. L'imputato faceva valere l'argomento che la legge *Gayssot* punisce la negazione, ma non la minimizzazione dello sterminio; ma la Corte, seguendo le argomentazioni dell'avvocato generale, così dilata l'area di punibilità prevista dalla legge,

L'oggetto della contestazione e della punizione, infine, è e resta limitato al solo disconoscimento del genocidio nazista. Nonostante l'approvazione da parte dell'*Assemblée nationale* e del *Sénat*, fra il dicembre 2011 e il gennaio 2012, di un provvedimento legislativo volto a introdurre in seno alla legge sulla libertà di stampa l'art. 24 *ter*, al fine di punire «coloro che contestano o minimizzano oltraggiosamente (...) l'esistenza di uno o più crimini di genocidio definiti *ex art.* 211–1 c.p. e riconosciuti come tali dalla legge francese»³⁷ – tra cui quello armeno³⁸ – il *Conseil constitutionnel* lo dichiarò incostituzionale, perché la qualificazione da parte del legislatore medesimo dei reati oggetto di contestazione attentava alla libertà di espressione e di comunicazione³⁹.

Un ampliamento nel novero delle condotte punibili viene realizzato dall'Austria, in occasione degli emendamenti al *Verbotsgesetz* (la legge del 1947 contro le attività e il partito neonazisti), mediante la punizione con la reclusione da uno a dieci anni (elevabili a venti in casi particolarmente gravi) 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 stampa, radiofoniche o pubblicazioni accessibili a un vasto pubblico (§3h)⁴⁰.

La legislazione antinegazionista austriaca, a sua volta, ispirò in Germania un intervento modificativo del § 130 *StGB*, che *ab origine* puniva con la reclusione per non meno di tre mesi: «chiunque aggredisce, in forme idonee a turbare la pace pubblica, la dignità umana altrui, 1) istigando all'odio contro parti della popolazione, 2) esortando a compiere atti di violenza o di arbitrio nei loro confronti, 3) insultando, denigrando

staccandosi dalla stretta aderenza al dettato normativo», sul presupposto che la riduzione oltraggiosa e in mala fede del numero delle vittime integra proprio la negazione dell'Olocausto; riporta il precedente anche O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, n. 5/2011, 85 ss., 92.

³⁷ ASSEMBLEE NATIONALE, CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958, TREIZIEME LEGISLATURE, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 3842) de Mme Valérie Boyer et plusieurs de ses collègues portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien* (n. 4035 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 décembre 2011).

³⁸ In precedenza già contemplato dalla «loi n. 2001–70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915», in www.legifrance.gouv.fr.

³⁹ *Conseil Constitutionnel, Décision n° 2012–647 DC du 28 février 2012*, consultabile all'indirizzo: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONSTEXT000025561599&fastReqId=1534117883&fastPos=1>. Vd. sul punto i commenti di A. CALIGIURI, *La questione della negazione del "genocidio armeno" in una recente decisione del "Conseil constitutionnel"*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, n. 2/2012, 396 ss. e di F. M. BENVENUTO, *Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell'esistenza dei genocidi "riconosciuti come tali dalla legge francese"*, in questa Rivista, 21 marzo 2012, la quale chiarisce: «Ben lontano [...] dal cassare direttamente una scelta di politica criminale comunque spesso oggetto di critiche, il *Conseil* imputa alla legge una violazione della libertà di espressione puramente "mediata". Ciò che viene, infatti, censurata è, a monte, la mancanza di "portata normativa" della legge oggetto del rinvio, in violazione dunque dell'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo che fa parte, notoriamente del blocco di costituzionalità».

⁴⁰ *Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Verbotsgesetz geändert wird (Verbotsgesetz–Novelle 1992)*, in *"Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich"*, 19 marzo 1992, 743.

con malizia o calunniando gli stessi». Più precisamente, la legge del 28 ottobre 1994⁴¹ inseriva al § 130 il comma 3, ai sensi del quale si incrimina: «chi pubblicamente o in una riunione approva, nega o minimizza le azioni commesse durante il periodo nazionalsocialista contemplate dal § 6, c.1, del codice penale internazionale, in maniera idonea a turbare la pace pubblica»⁴². Infine, la legge del 24 marzo 2005⁴³ ha 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»⁴⁴.

È interessante notare che, prima della novella, il §130 *StGB* è stato sottoposto al vaglio del *BundesVerfassungsgericht* (BVerfG), il quale ha statuito che l'espressione di un'opinione (qualificata in relazione al rapporto soggettivo tra l'individuo e il contenuto dell'asserzione stessa) forma senza dubbio oggetto della tutela costituzionale, mentre la esternazione di un fatto, a sua volta prodromico alla formazione della prima, è protetta se e nella misura in cui non sia «scientemente o dimostratamente falsa».

In sintesi, secondo i giudici costituzionali con riferimento alle «manifestazioni di opinione che siano connesse ad asserzioni di fatti, la meritevolezza della tutela può dipendere dalla veridicità delle affermazioni sui fatti posti a fondamento di esse. Se questi sono dimostrati falsi, di regola la libertà di opinione è parimenti posposta alla tutela del diritto alla personalità»⁴⁵.

Questi brevissimi spunti ci permettono di notare come, malgrado la legislazione esaminata sia coeva – il lasso temporale tra la *loi Gayssot* e la disciplina tedesca è di soli quattro anni – il novero delle condotte punite si sia via via ampliato, mentre l'oggetto delle stesse è rimasto invariato, comprendendo esclusivamente la *Shoah*.

⁴¹ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz), 28 ottobre 1994, consultabile in lingua tedesca all'indirizzo: <http://archiv.jura.uni-saarland.de/BGB/TEIL1/1994/19943186.1.HTML>.

⁴² E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 33, ricorda che il presidente del partito nazionalsocialista Deckert, nel corso di una conferenza del negazionista statunitense Fred Leuchter, da lui invitato, dimostrò di aderire alle tesi esposte; il *Bundesgerichtshof* però ritenne che l'incitamento all'odio razziale non poteva configurarsi nel caso di specie, mancando la negazione dell'Olocausto di elementi sufficienti a ledere la dignità umana. Sulla modifica del §130 *StGB*, vd., per tutti, D. BEISEL, *Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge*, in *Neue Jur. Woch.*, 1995, 997 ss. e C. ROXIN, *Was darf Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in E. DOLCINI e C. E. PALIERO (a cura di), in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 715 ss., 730.

⁴³ Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuches, 24 marzo 2005, commentata insieme alla precedente da T. LENCKNER– D. STERNBERG LIEBEN, in *Schönke– Schröder StGB Kommentar*, 27 Aufl., 2006, sub §130, 1306 ss.

⁴⁴ La Germania nel 2011 ha adottato sia la decisione quadro che l'*Additional Protocol to the Convention on cybercrime*, limitandosi ad aggiungere gli individui fra le vittime previste al § 130.1 dello *Strafgesetzbuch*. Gli altri crimini contro l'umanità o i crimini di guerra non sono stati aggiunti, perché considerati già compresi dal § 140 dello *Strafgesetzbuch*, vd. L. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 407.

⁴⁵ BVerfG del 13 aprile 1994, in *Giur. cost.*, 1994, 3382, con commento di M. C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*.

Fa eccezione, per questo secondo profilo, l'ordinamento elvetico che nel medesimo *spatium temporis* con la L. 18 giugno 1993, entrata in vigore l' 1 gennaio 1995, introduce l'art. 261 *bis* c.p., «Discriminazione razziale». Il comma 4 incrimina «chiunque, pubblicamente, mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana, discredita o discrimina una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità»⁴⁶ – il diniego, la *minimisation grossière* e la *justification* arrivano quindi a comprendere anche i crimini contro l'umanità.

L'opzione onnicomprensiva è stata scelta anche dal Portogallo: a seguito delle modifiche da ultimo introdotte dalla legge del 4 settembre 2007, n. 57⁴⁷, l'art. 240 c.p. punisce oggi «chiunque [...] diffama o ingiuria una persona o un gruppo di persone a causa della loro razza, colore, origine etnica o nazionale ovvero della loro religione, in particolare mediante la negazione di crimini di guerra, contro la pace e l'umanità» con l'intento di incitare o incoraggiare la discriminazione religiosa e razziale⁴⁸.

Più “conservatrice” è, invece, la legge belga del 23 marzo 1995 «Per la repressione della negazione, della minimizzazione, della giustificazione o dell'approvazione del genocidio commesso dal regime nazionalsocialista tedesco durante la seconda guerra mondiale». Essa, affiancandosi a quella del 30 luglio 1981 di ratifica della Convenzione internazionale sulla discriminazione razziale del 1975, sanziona le condotte di cui al suo titolo, a condizione che siano poste in essere in riunioni o in luoghi pubblici, in presenza di più persone, in scritti distribuiti o messi in vendita o mediante delle immagini esposte o vendute al pubblico, ovvero, anche in scritti non resi pubblici, ma comunque indirizzati o comunicati a più persone⁴⁹. La norma cui è affidata la definizione del crimine di genocidio è l'art. 2 della relativa Convenzione internazionale del 1948.

I giudici costituzionali si sono pronunciati sulla legge antinegazionista, tenendola indenne dalle censure avanzate rispetto alla limitazione della libertà di opinione (art. 19 Cost. Belga) e di insegnamento (art. 24 Cost. Belga). Secondo la *Cour d'Arbitrage* (oggi *Cour constitutionnelle*), il legislatore ha punito «queste manifestazioni da un lato perché esse forniscono un terreno all'antisemitismo e al razzismo [...] e tendono alla riabilitazione dell'ideologia nazista [...] destabilizzando] la democrazia.

⁴⁶ Il testo completo dell' articolo 261 *bis* è disponibile all'indirizzo: <https://www.admin.ch/opclit/classified-compilation/19370083/index.html>.

⁴⁷ Il primo intervento in materia risale al 2 settembre 1998, legge n. 65, in *Diário da República – I série – A*, n. 202, consultabile in lingua originale all'indirizzo: http://www.dgpi.mj.pt/DGPI/sections/leis-da-justica/pdf-lei/lei-65-98/downloadFile/file/L_65_1998.pdf?nocache=1180524890.22.

⁴⁸ Art. 240 c.p. portoghese come riformato dalla «lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro Vigésima terceira alteração ao Código Penal, approvata tramite Decreto-legge n. 400/82 del 23 settembre.

⁴⁹ *Loi tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale*, 23 marzo 1995. Cfr. G. GRANDJEAN, *La répression du négationnisme en Belgique: de la réussite législative au blocage politique*, in *Droit et société*, n. 1/2011, 137 ss.

Dall'altro [...] perché [esse] si rivelano offensive per la memoria delle vittime del genocidio, per i sopravvissuti e per il popolo ebraico»⁵⁰.

Particolare considerazione per chi intende (rin)tracciare le coordinate fondamentali entro le quali si incrimina la c.d. *Auschwitzlüge* merita l'esperienza spagnola, nel cui contesto il giudice delle leggi ha avuto occasione di pronunciarsi, giungendo a conclusioni opposte a quelle del *BVerfG*, che usualmente la dottrina confronta tra loro.

Se la *Ley Orgánica* dell'11 maggio 1995, n. 4 di *modificación del Código Penal*⁵¹, volta a tipizzare l'apologia di genocidio, all'art. 137 *bis* lett. b) definiva quest'ultima anche come la relativa «negazione, la banalizzazione o la giustificazione», la *L.O.* del 23 novembre 1995, n. 10 – *i.e.* il nuovo codice penale spagnolo – sanzionava soltanto la condotta di negazione e di giustificazione dei crimini di genocidio di cui all'art. 606 c.p., mancando qualsivoglia riferimento alla capacità istigatoria che, invece, la *L.O.* n. 4 richiedeva (art. 607 comma 2 c.p. spagnolo)⁵².

Oggi, a seguito della sent. del 7 novembre 2007, n. 235 del *Tribunal constitucional* (TC), la condotta di negazione non è più punibile. Il giudice costituzionale iberico ha evidenziato infatti che, mentre per la punizione dei delitti di apologia la legge esigeva il requisito della *idoneità a istigare* della medesima, la negazione e la giustificazione, secondo la formulazione legislativa, ne erano prive: la prima condotta, dal momento che si arresta a uno stadio anteriore alla messa in pericolo del bene giuridico protetto è incostituzionale; incostituzionalità che trova alimento dalla tutela della libertà di ricerca scientifica. Viceversa, la seconda – che di per sé non equivale a diniego di un genocidio – è costituzionalmente legittima «*si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio*»⁵³.

Quali sono le ragioni degli approcci diametralmente opposti di Madrid e Karlsruhe? La negazione non è forse idonea a fomentare odio nei confronti delle vittime dell'evento lesivo oggetto di diniego, accrescendo la sofferenza di queste ultime?

⁵⁰ In questi termini E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., 1063.

⁵¹ *Ley Orgánica 4/1995 de 11 mayo 1995 de modificación del Código Penal*, in *Boletín Oficial de Estado*, 12 maggio 1995, n. 113, 13800–13801.

⁵² Título XXIV «*Delitos contra la Comunidad Internacional*», Capítulo II «*Delitos de genocidio*», Artículo 607, c 2: «*La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años*», all'indirizzo http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r0-lo10-1995.l2t24.html#a607.

⁵³ Sulla sentenza del TC vd., per tutti, C. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è dimezzo il giustificare. La problematica distinzione del Tribunale Costituzionale spagnolo (commento alla sent. n. 235/2007)*, in www.forumcostituzionale.it, 3 aprile 2008; E. FRONZA – V. MANES, *Il reato di negazionismo nell'ordinamento spagnolo: la sentenza del tribunal Constitucional n. 235 del 2007*, in ius17@unibo.it, n. 2/2008, 489 ss.; J. A. RAMOS VÁSQUEZ, *La declaración de incostitucionalidad del delito de "negacionismo" (artículo 607.2 del Código Penal Español)*, in *Revista Penal*, n. 23/2009, 120 ss.

Confrontando le due pronunce, autorevole dottrina ha sottolineato che la circostanza secondo cui per i giudici tedeschi «negare in sé l'accadimento storico della Shoah costituisce "prosecuzione" della terribile persecuzione cui furono sottoposti durante il nazismo» gli ebrei, mentre per quelli spagnoli «il negare in sé il medesimo avvenimento (o altri simili) è ancora espressione "inane", "neutra"» si spiega per il «(verosimilmente) differente atteggiamento spirituale di tedeschi e spagnoli nei confronti del problema di fondo della "verità storica": atteggiamento forgiato dalla storia stessa vissuta dai rispettivi popoli del Novecento»⁵⁴.

Si è già precisato che il termine ultimo per il recepimento della normativa europea era fissato al 28 novembre 2010: la legislazione antinegazionista più recente vi ottempera, non senza degli accenti di originalità, dal momento che nel novero dei fatti che non si devono negare, giustificare o minimizzare sono stati previsti anche i crimini dei regimi comunisti – scelta problematica nella misura in cui, lo si ripete, si rischia di punire chi non condivide l'interpretazione ufficiale di alcuni tragici eventi.

Sotto quest'ultimo profilo vale la pena ricordare che in Ungheria la Decisione Quadro 2008/913/GAI venne adottata per la prima volta nel gennaio 2010 con l'art. 269/C del c.p., il quale puniva con tre anni di reclusione «chiunque offende pubblicamente la dignità delle vittime dell'Olocausto, o ne nega la realtà o la mette in dubbio o la minimizza»⁵⁵. Durante il premierato di Viktor Orbán, il riferimento alla sola Shoah venne sostituito con la formula onnicomprensiva di «genocidi e altri crimini contro l'umanità commessi dai regimi nazista e comunisti»⁵⁶, ma il legislatore non è mai intervenuto per introdurre, sotto il profilo dell'offensività, alcun riferimento né alla istigazione all'odio né al turbamento della pace pubblica.

I crimini del regime comunista sono altresì contemplati dal c.p. lituano, che, *ex art. 170/2*⁵⁷ incrimina l'apologia, la negazione e la minimizzazione grossolana del genocidio, altri crimini contro l'umanità e crimini di guerra definiti da atti legali dell'Unione europea, della repubblica lituana o da un tribunale lituano o internazionale. La peculiarità risiede nella menzione dei crimini perpetrati da Germania e U.R.S.S. in Lituania durante il secondo conflitto mondiale e quelli perpetrati dall'Unione Sovietica contro i cittadini lituani durante la guerra di indipendenza del 1990 – 1991. A parte il carattere fortemente evocativo della norma – è evidente l'intento di stigmatizzare con la minaccia della pena il tentativo sovietico di ostacolare l'autodeterminazione del popolo lituano – le condotte sono punibili se *minacciose, offensive o ingiuriose* o se *perturbano l'ordine pubblico*⁵⁸. Anche i codici penali

⁵⁴ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, 234–235.

⁵⁵ 2010. *evi XXXVI. torvény a Büntető Torvénykönyvről szolo 1978. evi IV. Torvény módosításáról*.

⁵⁶ 2010. *evi LVI. torvény a Büntető Torvénykönyvről szolo 1978. evi IV. Torvény módosításáról*, in vigore dal 24 luglio 2010.

⁵⁷ *Baudžiamojo kodekso 95 straipsnio pakeitimo bei papildymo, kodekso papildymo 170² straipsniu ir kodekso priedo papildymo į statymas, 2010 m. birželio 15 d. Nr. XI-901*, Vilnius.

⁵⁸ Per una traduzione in inglese del testo della norma vd. J. ŽILINSKAS, *Introduction of 'Crime of Denial' in the Lithuanian Criminal Law and First Instances of its Application*, in *Jurisprudence*, n. 1/2012, 315 ss., consultabile all'indirizzo: https://www.mruni.eu/upload/iblock/205/017_zilinskas.pdf. L'A., che definisce il testo della legge «piuttosto complesso», quasi «goffo», 321, dà conto delle prime applicazioni della fattispecie nel caso

lettone⁵⁹, slovacco⁶⁰ e bulgaro⁶¹ essendo costruiti a maglie larghe, consentono la punizione, nelle forme della negazione, glorificazione e giustificazione, dei crimini comunisti che – a rigore – non sono espressamente menzionati.

Non mancano tuttavia ordinamenti che non hanno dato seguito alla già menzionata decisione quadro sul presupposto che la legislazione nazionale fosse conforme: si tratta di Irlanda, Danimarca, Svezia, Paesi Bassi e Regno Unito⁶²; la Finlandia, invece, ha inasprito le pene per le condotte razziste e discriminatorie⁶³.

Stankeras e nel caso Paleckis. In occasione del 65° anniversario del Tribunale militare internazionale di Norimberga, lo storico Petras Stankeras aveva pubblicato sul settimanale “Veidas” un articolo dal titolo “Il Tribunale per i crimini di guerra di Norimberga. La più grande farsa giuridica nella Storia”, in cui, oltre a riproporre le critiche di parzialità mosse al Tribunale *ad hoc*, si affermava che: «A Norimberga è nata anche la leggenda della presunta uccisione di 6 milioni di ebrei» (nella versione inglese dell' A.: «*In Nuremberg also the legend was born about 6 million allegedly killed Jews*»). Lo storico e il settimanale giustificarono la frase, addebitandola ad un errore di revisione, in quanto essa avrebbe dovuto suonare come “A Norimberga è nata la leggenda dei presunti 6 milioni di ebrei uccisi”: in contestazione non sarebbe stato l'evento in sé, ma il numero delle vittime. La vicenda, tuttavia, si conclude con un' archiviazione per l'esclusione dell'intento di negare l'Olocausto alla luce delle idee in passato espresse dall'indagato in altri scritti e durante l'interrogatorio. Algirdas Paleckis, portavoce del partito di estrema sinistra “Frontas”, parlando dell'agguato del 13 gennaio 1991 in cui soldati russi irruperono negli uffici della TV lituana e uccisero civili inermi, aveva sostenuto la versione diffusa dal governo russo, secondo cui i partigiani lituani avevano portato sul luogo i corpi delle vittime, decedute per altre cause. A differenza del primo caso, nota l'A., l'imputato non aveva ritrattato, anzi aveva sostenuto che vi fossero dei testimoni in grado di corroborare la sua versione. In primo grado Paleckis è assolto perché si era limitato a riportare un'opinione di terzi e non la propria (la frase incriminata era “*and now it is becoming clear that they were firing at their own*”). Comprensibili le perplessità della Studiosa, la quale osserva che: «[q]uesto ragionamento è davvero bizzarro, dal momento che spinge a ritenere che se qualcuno insulta un altro individuo, esprimendo l'opinione di un terzo, in capo a lui non si ravviserà alcuna responsabilità», 325.

⁵⁹ L'articolo 74-1 c.p., adottato dal Parlamento l' 1 luglio 2009, così recita: «*For a person who commits public glorification of genocide, crime against humanity, crime against peace or war crime or public denial or acquittal of committed genocide, crime against humanity, crime against peace or war crime, the applicable punishment is deprivation of liberty for a term of not exceeding five years or temporary deprivation of liberty, or community service, or a fine*», consultabile all'indirizzo: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/19>.

⁶⁰ La section 424a del c.p. slovacco incrimina: «*Any person who publicly [...] b) defames [...], or threatens [...] by exonerating an offence that is deemed to be genocide, a crime against humanity or a war crime under Articles 6, 7 and 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court, or an offence that is deemed to be a crime against peace, a war crime or a crime against humanity under Article 6 of the Statute of the International Military Tribunal annexed to the Agreement of 8 August 1945 for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, if such crime was committed against such group of persons or individual, or if a perpetrator of or abettor to such crime was convicted by a final and conclusive judgement rendered by an international court, unless it was made null and void in lawful proceedings, publicly denies or grossly derogates such offence, if it has been committed against such person or individual*», in <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

⁶¹ *State Gazette* n. 33/11 del 26 aprile: «[l]a Bulgaria nel 2011 ha adottato vari emendamenti al codice penale, fra cui l'articolo 419a punisce con la reclusione da uno a cinque anni la negazione, giustificazione o minimizzazione grossolana dei crimini contro la pace e l'umanità, nel caso che le condotte criminose siano pericolose o violente o incitano all'odio verso individui o gruppi definiti da razza, colore, religione, discendenza o origine etnica e nazionale», così L. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 407.

⁶² Il Regno Unito, in particolare, si serve della normativa nazionale anti-discriminazione, introdotta per la prima volta nel 1986 con il *Public Order Act* (sec.18), che contempla l'incitamento all'odio razziale e ampliata con il riferimento all'odio religioso dal *Racial and Religious Hatred Act* del 2006: «*A person who uses threatening, abusive or insulting words or behaviour, or displays any written material which is threatening, abusive*

Preceduta dall'ordinamento ellenico nel 2014⁶⁴, l'Italia è l'ultimo Stato membro dell' U.E. a essere intervenuto in materia. Fughiamo la perplessità espressa nelle prime pagine: la L. n. 115/2016 è stata sì sollecitata dalla decisione quadro, ma, a nostro avviso, non vi adempie *stricto sensu*. Il comma 3 *bis*, infatti, contempla la sola negazione e non anche le condotte di minimizzazione grossolana e quanto al profilo sanzionatorio eccede di molto il limite edittale (“minimo del massimo”) stabilito in sede eurounitaria. 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.

4. Le precedenti iniziative legislative nazionali in tema di negazionismo.

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 ora come disposizione incriminatrice *tout court*. Le tappe intermedie di questo tortuoso *iter* forniscono utili strumenti di comprensione e di analisi.

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»⁶⁵. Secondo le prime fonti di informazione si trattava di una aggravante della *istigazione a delinquere*, 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»⁶⁶. 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,

or insulting, is guilty of an offence if— (a) he intends thereby to stir up racial hatred, or (b) having regard to all the circumstances racial hatred is likely to be stirred up thereby. (2) An offence under this section may be committed in a public or a private place, except that no offence is committed where the words or behaviour are used, or the written material is displayed, by a person inside a dwelling and are not heard or seen except by other persons in that or another dwelling», in <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64/section/18>. La novella del Racial and Religious Hatred Act, invece, si può consultare in: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/1/section/2>.

⁶³ Laki 511/2011 rikoslain muuttamisesta Annettu Helsingissa 13 päivänä toukokuuta 2011, Suomen Saadoskokoelma, 20 maggio 2011., cfr. L. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., 409.

⁶⁴ Che ha introdotto la punizione di: approvazione, la minimizzazione e la 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, Βουλή των Ελλήνων, Τροποποίηση του ν. 927/1979 (Α' 139) και προσαρμογή του στην απόφαση – πλαίσιο 2008/913/ΔΕΥ της 28ης Νοεμβρίου 2008, για την καταπολέμηση ορισμένων μορφών και εκδηλώσεων ρατσισμού και ξενοφοβίας μέσω του ποινικού δικαίου (L 328) και άλλες διατάξεις, cfr. L. CAJANI, *La storia nel mirino del diritto penale*, cit., 18.

⁶⁵ Cfr. *Il Sole 24 ore*, 25 gennaio 2007, supplemento *Norme e tributi*, n. 24, p. 32.

⁶⁶ Notizie anche in E. FRONZA, *Negazionismo (diritto penale)* (voce), cit., 644.

ancorando l'aumento di pena al giudicato penale nazionale o internazionale di condanna.

Le critiche da parte della comunità degli storici furono molte e veementi: a dire il vero si tratta(va) di obiezioni, fondate e autorevolmente formulate, che tornano costantemente alla ribalta quando si discute di questo tema. È bene ricordarle sinteticamente⁶⁷.

Prima considerazione: il negazionista, se punito, diventa alfiere della libertà di espressione. Un martire, che – appunto – testimonia la ritrosia dello Stato a confrontarsi, preferendo una soluzione sbrigativa, quale la sanzione penale⁶⁸. Effetto collaterale è «che ci si impigli nella tipica situazione di quando si ha la sventurata idea di discutere con un cretino, che prima ti trascina al suo livello e poi ti batte con l'esperienza»⁶⁹.

Secondo rilievo: 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 infallibili⁷⁰; nonché della convinzione per cui «[l]a verità (ritenuta) assoluta, certa e 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»⁷¹.

“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, aggiungiamo, non può, né in questa materia né in altre più “pacificamente tutelabili”, mai venir meno.

⁶⁷ Ci riferiamo ad esempio al Manifesto proposto da M. FLORES, S. LEVI SULLAM, E. TRAVERSO 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 non con quelle del diritto penale*, in www.camerepenali.it, 16 ottobre 2013, dell'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE (UCPI).

⁶⁸ P. VIDAL-NAQUET sosteneva che punire i negazionisti «non servirebbe ad altro che a moltiplicarne la specie», *Les assassins de la mémoire*, trad. it., *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma, 2008, 218.

⁶⁹ Così icasticamente C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare*, cit., 298.

⁷⁰ Argomento della fallibilità: «*If an opinion is compelled to silence, that opinion may, for aught we can certainly know, be true. To deny this is to assume our own infallibility*», J. S. Mill, *On Liberty*, Chapter II, § 41, 1869 in <http://www.bartleby.com/130/2.html>, cui si affiancano l'*argument from the partial truth* (§ 42), l'*argument from dead dogma* (§43) e l'*argument from inefficacy* (*ibidem*). Per una ricostruzione della libertà di espressione nell'ordinamento statunitense (e canadese), anche alla luce del I Emendamento della Costituzione U.S.A., vd., oltre a quanto *supra* indicato, S. VOLTERRA, *La libertà di espressione ed “espressioni odiose” nella società pluralista. I casi di Usa e del Canada*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, n. 134/2001, 67 ss.

⁷¹ *Contro il reato di negazionismo*. appello dell'UNIONE DELLE CAMERE PENALI, in www.camerepenali.it, 14 ottobre 2013.

A seguito di tale levata di scudi, si abbandonò qualsivoglia riferimento al tema, scegliendo di incidere piuttosto sul reato di propaganda razzista; l'interruzione della legislatura fece abortire l'intervento⁷².

Nell'ottobre 2012, la Sen. Amati propose un disegno di legge⁷³, non approvato dal Parlamento, volto a introdurre all'art. 3 della L. n. 654/1975 la lettera b *bis* e a punire: «con la reclusione fino a tre anni chiunque, con comportamenti idonei a turbare l'ordine pubblico o che costituiscano minaccia, offesa o ingiuria, fa apologia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6,7 e 8 dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale (...) e dei crimini definiti dall'articolo 6 dello statuto del tribunale militare internazionale, allegato all'Accordo di Londra dell' 8 agosto 1945, ovvero nega la realtà, la dimensione o il carattere genocida degli stessi». L'eco della Decisione Quadro 2008/913/GAI era evidente: 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 eventi, su cui la discussione storica era ancora aperta, tanto più in assenza di alcun riferimento ai precedenti giudiziari delle corti interne o internazionali.

Con la reintroduzione della «minimizzazione grossolana» e l'espunzione del riferimento allo Statuto del Tribunale di Norimberga, il progetto fu riproposto (S.–54)⁷⁴, ma dalla Seconda Commissione permanente (Giustizia) del Senato venne fuori quasi stravolto.

Il testo da questa licenziato, infatti, non interveniva più sull'art. 3 L. n. 654/75, ma sull'art. 414 c.p., inserendo dopo il terzo comma una autonoma fattispecie di reato («la pena di cui al primo comma, numero 1), si applica a chiunque nega l'esistenza di crimini di genocidio o contro l'umanità o di guerra »), nonché, modificando l'ultimo comma, con la previsione di un'aggravante («[f]uori dei casi di cui all'articolo 302, se

⁷² In generale sul disegno di legge n. 1694 relativo alle «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, 5 luglio 2007, vd. D. PULITANÒ, *Sulla legittimità dei reati d'opinione nella proposta Mastella*, in *Quad. cost.*, n.2/2007, pp. 371 ss. L'A. sul punto che a noi qui interessa osserva: «[n]ella proposta Mastella, non compare alcun riferimento specifico al negazionismo della Shoah, come invece era stato ipotizzato in un primo tempo. Secondo alcuni commenti, fatti risalire ad osservazioni di tecnici del Ministero, dipenderà dall'interpretazione che daranno i magistrati se le esternazioni «negazioniste» possano considerarsi nei casi concreti come diffusione di idee fondate sulla superiorità o l'odio razziale».

⁷³ «Modifica 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.

⁷⁴ «Modifica 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.

l'istigazione o l'apologia di cui ai commi precedenti riguarda delitti di terrorismo, crimini di genocidio, crimini contro l'umanità o crimini di guerra, la pena è aumentata della metà»), S. – 54 A⁷⁵.

Senonché il nuovo testo (S. 54– A/R)⁷⁶, dopo le audizioni di alcuni esperti⁷⁷, venne riformato nel senso di una diminuzione da cinque a tre anni del massimo edittale per la fattispecie di cui all'art. 414, comma 1, n. 1 c.p. – fermo restando il minimo di un anno di reclusione – e della previsione, in seno all'art. 3 L. n. 654/75, sia del carattere pubblico della condotta base, che di un aumento di pena qualora *propaganda, pubblica istigazione e pubblico incitamento* «si fond[i]no 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, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232»⁷⁸.

Il 13 ottobre 2015 la Camera ha apportato ulteriori modifiche al testo⁷⁹ previamente votato dal Senato, decidendo di intervenire soltanto sulla fattispecie antidiscriminatoria, alla quale aggiungere il comma 3 *bis* dal seguente tenore: «[p]er 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, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232, 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».

Eliminato il riferimento alla pubblicità della condotta base di cui al comma 1, la novità più interessante – a parte la menzione degli «atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l'Italia è membro»⁸⁰, che introduceva un elemento di complicazione nel quadro delle fonti – 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.

⁷⁵ Atti Parl. Sen., XVII legislatura, doc. n. 54–A, su cui vedi M. MONTANARI, [Il disegno di legge in materia di negazionismo passa all'esame dell'aula del Senato](#), in *questa Rivista*, 28 ottobre 2013.

⁷⁶ Atti Parl. Sen., XVII legislatura, doc. n. 54– A/R.

⁷⁷ All'indirizzo: http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/001/129/RACCOLTA_MEMORIE.pdf.

⁷⁸ Vd. il commento di G. L. GATTA, [Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo \(come circostanza aggravante\)](#), in *questa Rivista*, 16 febbraio 2015 e di D. PULITANÒ, [Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio](#), cit.

⁷⁹ «Modifica 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» – C. 2874 (Amati e a.), su cui M. MONTANARI, [La Camera approva con modificazioni il disegno di legge in materia di negazionismo](#), in *questa Rivista*, 19 ottobre 2015.

⁸⁰ Compresi gli atti di *soft law* adottati, ad esempio, dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

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».

5. Questioni preliminari: i presupposti della rilevanza penale del negazionismo.

Occorre adesso affrontare brevemente alcune “questioni preliminari” che, intersecandosi con il merito risultano utili – a nostro avviso – a chiarire le ragioni in forza delle quali se, *in astratto*, è razionale attribuire rilevanza penale al negazionismo, *in concreto*, invece, l'art. 3 comma 3 *bis* suscita forti riserve.

Al netto di soluzioni alessandrine, sono tre in particolare i nodi gordiani da sciogliere. In rapporto di consequenzialità necessaria, ci si deve chiedere: se lo Stato moderno può farsi carico di siffatte condotte, così abdicando alla tradizionale astinenza epistemica che da esso si esige su temi eticamente pregnanti; qualora venga risolto in senso affermativo il primo quesito, quale sia il *bene giuridico* che può pretendere credibilmente il presidio penalistico; infine bisogna capire che applicazione abbiano avuto le norme a tutela dell'interesse – inteso come sinonimo di *rechtsgut* – previamente individuato.

In altre parole, cercheremo di evidenziare che i problemi più consistenti posti dalla disciplina in materia non attengono né al profilo della materialità né a quello dell'offensività. L'aggravante della negazione dei crimini internazionali viola clamorosamente, invece, principio di precisione ed è destinata, simbolica com'è, alla non applicazione.

6. Il principio di laicità/ neutralità e il bene giuridico protetto. Tutta una questione di dignità (al plurale).

Con una buona dose di semplificazione e nel suo significato comune, laicità⁸¹ è sinonimo di equidistanza⁸². Più precisamente, nell'accezione che qui al momento

⁸¹ Concetto che tradizionalmente si esprime con U. GROZIO, *De iure belli ac pacis, Prolegomena*, 11: «*Et haec quidem, quae iam diximus, locum aliquem habent, etiamsi daremus – quod sine summo scelere dari nequit – Deum non esse aut ab eo non curari negotia humana*», («E in verità quanto abbiamo fino ad ora sostenuto, avrebbe una qualche fondatezza, anche nel caso in cui dessimo per ipotesi – cosa che non si può fare senza essere sacrileghi – che Dio non esista o che non si curi delle vicende di noi uomini»).

⁸² Si tratta a rigore di un termine polisemico di cui – provocatoriamente – si è denunciata l'inutilità per il giurista: vd. G. DALLA TORRE, *Laicità dello Stato. A proposito di una nozione giuridicamente inutile*, in *Rivista*

assumiamo rilevante essa deve intendersi come «neutralità dello Stato nei confronti delle religioni e delle rappresentazioni del mondo»⁸³, la quale, implicando un approccio pluralistico e democratico, scorge nelle diverse culture e tradizioni un significato di valore, anzi non ha «fedi o valori assoluti da difendere, a eccezione di quelli sui quali essa si basa»⁸⁴.

Dire che uno Stato è laico significa pertanto 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»⁸⁵.

Se queste sono le premesse, ben si comprendono le recise critiche di coloro che, contrari alla incriminazione del negazionismo *tout court*, ritengono impossibile e dannoso tutelare per legge la *memoria*⁸⁶. Prescrivere il dovere di ricordare comporta, in questa prospettiva, un ontologico ossimoro: da un lato, si impone, con la minaccia della sanzione criminale, una “verità di Stato”, non dissimile da una fede da professare; ciò malgrado, dall'altro, si predichi che il diritto penale sia secolare, non potendo in quanto tale tutelare dei *tabù*⁸⁷, e che non esista «alcuna versione “stabilita” della storia e

internazionale di filosofia del diritto, n. 2/1991, 274 ss. In tema di laicità e diritto penale cfr., *inter plurimos*, AA. VV., *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, L. RISICATO e E. LA ROSA (a cura di), Torino, 2009; 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 ss.; L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, 163 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *RIDPP*, 2007, 546 ss.; ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, I, Milano, 1991, 167 ss.; S. MOCCIA, *Da Carpozov a Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979; V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, 259 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *RIDPP*, 2006, 55 ss.; L. RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni e norme penali*, in *RIDPP*, 2007, 493 ss.; F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in AA. VV., *Diritto penale in trasformazione*, G. MARINUCCI e E. DOLCINI (a cura di), Milano, 1985, 309 ss.; C. VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *RIDPP*, 2005, 1029 ss.

⁸³ M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato*, cit., 494.

⁸⁴ G. ZAGREBELSKY, *Imparare la democrazia*, Torino, 2007, 15.

⁸⁵ D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 59, corsivo dell'A.

⁸⁶ Lo stesso P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino, 2007, 13–14, riconosceva i rischi del ricordo: «l'esercizio (in questo caso la frequente rievocazione) mantiene il ricordo fresco e vivo, allo stesso modo come si mantiene efficiente un muscolo che viene spesso esercitato; ma è anche vero che un ricordo troppo spesso evocato, ed espresso in forma di racconto, tende a fissarsi in uno stereotipo, in una forma collaudata dell'esperienza, cristallizzata, perfezionata, adorna, che si installa al posto del ricordo greggio e cresce a sue spese».

⁸⁷ 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 A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, 41 ss., 92–93: «il negazionismo non esiste, non deve esistere come reato: o c'è istigazione, o critica storica. Tertium non datur [...] Anche la “memoria storica” in quanto tale non appare meritevole di diventare un bene giuridico penale: potrebbe essere un “bene”, in effetti, ma non è un bene tutelabile penalmente (né sanzionabile *tout court* la sua stessa messa in pericolo), in quanto la sola scelta della tutela penale e giuridica in genere farebbe di un bene scientifico di

nemmeno potrebbe o dovrebbe esistere, in linea con la natura di siffatta disciplina, che vive di una continua rielaborazione dei risultati raggiunti»⁸⁸.

Il nodo tra reato e peccato, tagliato da Cesare Beccaria «d'un colpo netto» millenni or sono⁸⁹, verrebbe nuovamente intrecciato sotto una diversa forma e con modalità prossime al legalismo etico, secondo cui è giusto *quod principi placet*⁹⁰.

Tuttavia, ad una *neutralità degli effetti come astensione*, per cui l'ordinamento statale non deve intervenire su questioni eticamente sensibili, favorendo una "dottrina" a detrimento di altre, si affianca una «*neutralità degli effetti come intervento eguale*, secondo cui un'azione [positiva] dell'ordinamento deve essere «neutralmente giustificabile e abbia parità di effetti»⁹¹. In altri termini, attesa una situazione di inferiorità non funzionalmente giustificata, è possibile intervenire per ripristinare gli equilibri – nel nostro caso raggiunti a fatica e resi ulteriormente precari dal diniego di un fatto di vita propria o del gruppo di appartenenza⁹².

verità un vero "tabù", una verità sottratta alla ricerca scientifica, che per definizione non può ricevere tutele di Stato nei suoi contenuti», corsivo dell'A.

⁸⁸ E. FRONZA, *Negazionismo (diritto penale)* (voce), cit., 653.

⁸⁹ Richiamiamo le parole di F. VENTURI, *Il diritto di punire, in Utopia e riforma nell'illuminismo*, Torino, 1970, che magistralmente sintetizza il merito di Cesare Beccaria: «il nodo che da millenni si era formato unendo con mille fili peccato e delitto, veniva tagliato da Beccaria d'un colpo netto. Che la Chiesa, se voleva, si occupasse pure dei peccati. Allo Stato spettava soltanto il compito di valutare il danno che l'infrazione della legge aveva portato all'individuo e alla società.» In breve: «Il diritto penale veniva completamente desacralizzato»», 125.

⁹⁰ Sinteticamente, sulle posizioni contrarie all'incriminazione del negazionismo *ex se* – salvo che turbi, sulla falsariga del modello tedesco, la tranquillità pubblica – vd. M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato*, cit., 501-502: «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. Occorre non lasciarsi sfuggire, tuttavia, che le figure di reato in tema di negazionismo, almeno in ordinamenti sensibili ad una doverosa latissima estensione della libertà di manifestazione del pensiero, insistono talvolta su date modalità della condotta e/o sul contesto in cui viene tenuta, che deve essere concretamente idoneo a determinare un pericolo per la pace pubblica».

⁹¹ « In quei casi invece in cui si danno effetti diseguali, ma giustificabili, la neutralità diventa una richiesta perché non vi sia alcuna presa di posizione pubblica che suggerisca un ordinamento gerarchico tra le varie dottrine (*neutralità della giustificazione*)», C. DEL BÒ, *Il rapporto tra laicità e neutralità: una questione concettuale?*, in www.statoechiase.it, 27 ottobre 2014, 1. L'A. sottolinea a rigore che: «*l'Etsi Deus non daretur* richiede un disinteresse istituzionale per la sfera del sacro, alla quale vanno riconosciute regole sue proprie, che non possono dunque essere estese a ciò che sacro non è, la neutralità opera invece in un modo più complesso. Certamente, quando siamo in presenza di una neutralità come astensione, i due concetti tendono a identificarsi: nel richiedere l'astensione statale rispetto ad alcune aree di pertinenza religiosa, implicitamente chiediamo allo Stato di agire come se Dio non esistesse», 8. Più diffusamente sul tema ID., *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, Pisa, 2014.

⁹² P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, cit., accingendosi a ricordare l'esperienza dei campi di sterminio afferma: «Non si leggono senza spavento le parole lasciate scritte da JEAN AMÉRY, il filosofo austriaco torturato dalla Gestapo perché attivo nella resistenza belga, e poi deportato ad Auschwitz perché ebreo: Chi è stato torturato rimane torturato. (...) Chi ha subito il tormento non potrà più ambientarsi nel mondo, l'abominio dell'annullamento non si estingue mai. La fiducia nell'umanità, già incrinata da primo schiaffo sul viso, demolita poi dalla tortura, non si riacquista più.», 14.

Intesa in questi termini neutralità non significa indifferenza assiologica, ma valorizzazione dei propri presupposti operativi: se, infatti, la funzione dell'ordinamento laico e neutrale è quella di consentire la libera interazione sociale sulle materie più disparate e sensibili, allora essa (la neutralità) si volge spontaneamente verso la protezione delle condizioni che consentono il confronto⁹³. Il negazionista contesta che gli ebrei – e nell'ambito della nuova disposizione, le vittime dei crimini internazionali – possano partecipare all'agone democratico, intende colpire, ad esempio, un culto religioso (ebraico o musulmano nel caso del genocidio di Srebrenica), l'appartenenza ad un gruppo (la mente va ai Tutsi, ai cambogiani vittime dei Khmer Rossi, agli armeni ecc.) e, in ogni caso, *lato sensu* la cultura – anche di sofferenza – di cui ognuno si fa portatore e che non vuole sia disconosciuta né strumentalizzata, essendo la stessa parte di sé⁹⁴.

Solo se si tutela la dignità umana si fornisce a un diritto penale, che pretenda di essere liberale, quella legittimazione particolarmente forte di cui abbisogna in queste materie. Nondimeno, la protezione della *menschenwürde* rende pressante l'esigenza di definirne il perimetro, al fine di scongiurare che quest'ultima diventi una tautologia – un «*deus ex machina* cui ricorrere per cercare di legittimare ogni sorta di incriminazione, rispetto alla quale non sia possibile identificare oggetti di tutela più concreti e specifici»⁹⁵ – e si presti a facili strumentalizzazioni⁹⁶. La dignità lesa dalle esternazioni negazioniste non deve venire in rilievo alla stregua di una «etichetta *tappa-buchi*» dalla «funzione taumaturgico – sedativa»⁹⁷, ma come sentimento di uguale rispetto. Beninteso, si tratta di un sentimento «matric[e] di diversità»: non di uno stato emotivo transeunte e irrazionale⁹⁸, ma della «identità psicologica assiologica di un soggetto».

⁹³ «In un orizzonte secolarizzato, distaccato da presupposti teologici, ispirato al principio di laicità, il diritto penale si legittima come tutela della *convivenza di uguali libertà* e del *pluralismo di culture*.[...]Il diritto penale svolge funzioni di tutela *non neutre rispetto al mondo dei valori normativi*, ed è lo strumento più 'autoritario' fra quelli che appartengono al normale arsenale di uno Stato di diritto. Appunto per questo ha bisogno, in un orizzonte liberale, di una legittimazione particolarmente forte, sia per quanto concerne i fini, sia nella scelta dei mezzi.», D. PULITANO, *op. ult. cit.*, 64, corsivi dell'A.

⁹⁴ Con riferimento alla *Shoah*, nota 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 questa Rivista, 7 gennaio 2014 [e ora anche in AA. VV., *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, G. FORTI, G. VARRASO e M. CAPUTO (a cura di), Napoli, 2014] che: «Nell'esperienza di Auschwitz si fondono l'universale della spietatezza e il particolare delle camere a gas. Minimizzare e normalizzare questa devianza, come si divertono a fare i negazionisti, fa perdere di vista la carica di morte insita nella razionalità tecnologica, allontana lo spettro della gabbia burocratica in cui si muovevano i volenterosi e indifferenti carnefici di Hitler, rimuove l'orrore dei trattamenti disumani e degradanti inflitti ai detenuti: insomma, offusca le ragioni che rendono quel campo di sterminio un luogo/evento fondativo, prima ancora che dell'attuale modo di stare assieme in Europa, di una nuova sensibilità nei confronti dei concetti di (soglia e confine del) male, di violenza, di sofferenza, agiti da uomo a uomo», 20.

⁹⁵ G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 79.

⁹⁶ Vedi sul punto L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire"*, cit., 35 ss.

⁹⁷ A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, 1-2, corsivo dell'A.

⁹⁸ Nota G. FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013, che oggi: «si inclina a ritenere che le

Dal momento che «la strutturazione del sentire forma le risposte che modellano l'interazione l'individuo e la realtà»⁹⁹, la pari dignità cui alludiamo è da intendersi come il riconoscimento dell'altro, dei suoi valori e del suo vissuto.

Seguendo gli insegnamenti del c.d. *Approccio basato sulle capacità (Capabilities Approach)*, infatti, sussiste un catalogo (aperto) di «requisiti centrali di una vita dignitosa», che «danno forma e contenuto all'idea astratta di dignità» e la cui mancanza/privazione non consente all'uomo di “funzionare umanamente”¹⁰⁰. Tra queste capacità – che, lo si ripete, dovrebbero costituire il minimo comune denominatore del concetto di *Umano* – rientra¹⁰¹ l'*Appartenenza*, intesa come possibilità di interazione sociale – “possesso” di quelle fondamentali relazionali perché non si venga umiliati, sul presupposto che il proprio valore è pari a quello altrui¹⁰².

È stato efficacemente evidenziato, nel tentativo (possibile) di conciliare prospettive liberali e tutela dei sentimenti, che «[a]ppellarsi al principio dell'eguale rispetto significa mettere in campo la ragione morale di base dell'ordinamento democratico: il valore che rappresenta al contempo l'oggetto e il criterio per l'approntamento di eventuali «difese». Il principio dell'eguale rispetto, quale “surrogato concettuale” della dignità umana, sembrerebbe poter contribuire a riportare l'equilibrio del discorso su un piano che non alimenti sentimenti di rivalsa, ma esprima già a livello simbolico l'esigenza di una reciproca autolimitazione»¹⁰³.

Riassumendo, se poniamo le due *facies* della neutralità nello specifico contesto della rilevanza penale del diniego dei crimini internazionali ci pare di poter affermare che l'accezione minimale di “equidistanza” potrebbe suggerire di usare lo strumento penale per presidiare l'ordine pubblico: eppure i problemi di una siffatta tutela – apparentemente neutra – sono stati esplorati a fondo e il rischio di un uso politico del diritto penale non è (più) un mistero¹⁰⁴. Se intendiamo, invece, la laicità/neutralità in

emozioni siano intrinseche di pensiero, abbiano una struttura cognitiva, sottintendano ed esprimano giudizi di valore», 223.

⁹⁹ F. BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *RIDPP*, 2010, 1165 ss., 1190–1191.

¹⁰⁰ M. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge (Mass.) – Londra, 2006, trad. it., G. COSTA e R. ABICCA (a cura di), *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007, 92.

¹⁰¹ Oltre alla: «1) *Vita*. [...]; 2) *Salute fisica* [...]; 3) *Integrità fisica* [...]; 4) *Sensi, immaginazione e pensiero* [...]; 5) *Sentimenti*», intesi come preservazione del proprio sviluppo emotivo da eccessive ansie e paure; «6) *Ragion pratica* [...]», *Id.*, *op. ult. cit.*, 123.

¹⁰² *Id.*, *ibidem*.

¹⁰³ Così F. BACCO, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. Cost.*, n. 4/2013, 823 ss., 834, corsivo dell'A.

¹⁰⁴ Se è vero che l'ordine pubblico può essere inteso in senso materiale ed empiricamente percepibile (pubblica tranquillità), è altrettanto plausibile il rischio che, allorché «non riflett[er] più uno stato di fatto, bensì evoc[er] una entità ideale costituita dal complesso di quei principi e/o di quelle istituzioni fondamentali, dalla cui continuità dipenderebbe la sopravvivenza dell'ordinamento», diventi un pressante strumento di controllo sociale e di repressione del dissenso (ordine pubblico ideale o normativo), G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, 2012, 474. Cfr. pure A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2013, 71 ss., 80: «qualora la manifestazione del pensiero fosse ricostruibile giuridicamente come libertà funzionale alla democrazia, saranno da vietare tutte quelle sue manifestazioni antidemocratiche. E ogni forza al potere

senso “proattivo”, è la dignità umana a dover essere presidiata contro gli strali negazionisti. Questa impostura colpisce l'identità del gruppo di minoranza bersagliato, instaurando rapporti di subordinazione razziale – che non hanno ragione di esistere¹⁰⁵ – e intralciando gli scambi comunicativi dei singoli appartenenti a quel gruppo. I *Critical Race Theorists* lo hanno detto con chiarezza adamantina: le parole feriscono e a lungo andare possono far ammutolire (*Silencing Effect*)¹⁰⁶.

Tuttavia, se è vero che «[l]a *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento dei valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento»¹⁰⁷, ogni serio discorso su questi ultimi non può prescindere dalla considerazione che «non esistono valori isolati, che piuttosto ogni valore solo in sintesi con gli altri perviene al suo pieno significato, e infine, in sintesi con tutti»¹⁰⁸. Corre quindi l'obbligo di esplicitare che ogni bene giuridico fondamentale può subire delle limitazioni in presenza di un contro–interesse parimenti meritevole di protezione: nel

tende sempre a qualificare tali le idee antagoniste alle proprie»; G. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, in *Arch. pen.*, 1976, 3 ss.; ID., *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico–criminale*, Milano, 1988; ID., voce *Ordine Pubblico (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 72 ss.

¹⁰⁵ È ormai noto che, in base agli studi scientifici, il concetto di razza è una costruzione puramente sociale, vd. sul punto i risultati delle ricerche dei genetisti: L. CAVALLI SFORZA, *Geni, popoli, lingue*, Milano, 1997; G. BARBUJANI, *L'invenzione delle razze: capire la biodiversità umana*, Milano, 2006. Cfr. altresì C. D. LEOTTA, voce *Razzismo*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, Torino, 2008, II, 850 ss. A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., definisce il razzismo «un 'dispositivo psico–sociale' basato su un'attribuzione differenziata di valori e disvalori etico–culturali effettuata in base a caratteristiche distintive, per lo più fittizie o 'pretestuali', che diventano il segno di un'insuperabile alterità», 69.

¹⁰⁶ Ancora A. TESAURO, *op. cit.*, 72–73: «le manifestazioni di pensiero razzista, potrebbero produrre, soprattutto se considerate 'in aggregato', un 'effetto–bavaglio' (o silenziatore) che ostacolerebbe o inibirebbe agli appartenenti al gruppo esposto l'esercizio del diritto ad essere ammessi come partner paritari e affidabili agli scambi comunicativi che si svolgono nella scena pubblica sul duplice terreno delle relazioni sociali e delle rivendicazioni politiche». Teoria post–moderna del diritto afferente all' *American legal realism*, la *Critical Race Theory* (CRT) nasce negli Stati Uniti d'America intorno alla fine degli anni '80 del secolo scorso, con l'obiettivo di denunciare e dis–velare la persistente subordinazione razziale che il sistema americano realizza(va?), vuoi a livello istituzionale, vuoi a livello giuridico, contro le minoranze. A tali fini sono nati più rami di indagine, ognuno concentrato sulla discriminazione nei confronti di minoranze diverse: i *Lat Crits* indagano sull'emarginazione dei *Latin Americans*, gli *Asian Crits* sulle discriminazioni in danno delle popolazioni asiatiche, mentre i *Queer Crits* in relazione a quelle contro le minoranze sessuali. Il “manifesto” della CRT è rappresentato da M. J. MATSUDA, C. R. LAWRENCE III, R. DELGADO, K. W. CRENSHAW, *Words that wounds: Critical Race Theory, Assaultive Speech, And the First Amendment*, Westview Press, 1993. Nella letteratura di lingua inglese si vd. pure, in prospettiva comparata, M. MÖSCHEL, *Law, Lawyers and Race. Critical Race Theory from the United States to Europe*, London–New York, 2014. In lingua italiana vd.: AA. VV., *Legge, razza, diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, K. THOMAS e G. ZANETTI (a cura di), Reggio Emilia, 2005; AA. VV., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, K. THOMAS e L. RE (a cura di), Reggio Emilia, 2007; M. MÖSCHEL, *L'assenza della 'Critical Race Theory' nei paesi di 'civil law'*, in *Riv. trim. sc. amm.*, n. 4/2007, 109 ss.; K. THOMAS, *Legge, razza e diritti: "Critical Race Theory" e politica del diritto negli Stati Uniti*, in *Filosofia politica*, n. 3/2003, 447 ss.

¹⁰⁷ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma–Bari, 2009, 87: «Essa infatti non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima».

¹⁰⁸

nostro caso, la manifestazione del pensiero; libertà anch'essa ipostasi della dignità umana.

Attribuire rilevanza penale al negazionismo – definitivamente e *in astratto* oppure tramite una fattispecie circostanziata – implica, vuoi *ex ante* e una volta per tutte a livello politico – criminale (e fino che la Corte costituzionale eventualmente non ne dichiari l'irragionevolezza), vuoi *case by case*, un giudizio di non meritevolezza del contro–interesse.

La questione però si complica avuto riguardo alla *sedes materiae* della tutela penalistica della dignità, ovvero la L. n. 654/1975, la quale, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 122 del 1993, convertito con modifiche in legge 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. legge Mancino), pone l'ordine pubblico in secondo piano¹⁰⁹, contemplando l'incriminazione anche di comportamenti di discriminazione isolati ed episodici e indica «i motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»¹¹⁰.

¹⁰⁹ Nella giurisprudenza di merito vd. Trib. Verona 24 febbraio 2005, T. e altri, in *Giur. merito*, 2006, 1958. Nella giurisprudenza di legittimità cfr., da ultimo, Cass. 25 giugno 2015, n. 36906, in *Cass. Pen.*, n. 3/2016, 1000 ss., con nota di R. CAPPITELLI, *Il reato di propaganda di idee fondate sull'odio razziale o etnico all'esame della giurisprudenza di legittimità* e in *questa Rivista*, 21 gennaio 2016, con nota di M. C. UBIALI, [Un volantino elettorale associa comportamenti criminosi agli 'stranieri' \(neri, cinesi, Rom, islamici\): è propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico?](#), al § 5 dei *Considerato in diritto* si legge testualmente: «[s]iamo di fronte a un reato plurioffensivo, in quanto sono almeno due i beni – interessi protetti: l'ordine pubblico inteso come diritto alla tranquillità sociale, e la dignità umana. Con una preminenza, tuttavia, che dottrina e giurisprudenza riconoscono al secondo. Due sono quindi i soggetti passivi: quelli che siano eventualmente singolarmente individuati nel caso concreto e l'intero gruppo etnico. In tal senso non assume, evidentemente, alcun rilievo la circostanza che la condotta sia diretta a discriminare non delle persone specificamente individuate, ma, in maniera indifferenziata, tutti gli appartenenti ad una determinata comunità».

¹¹⁰ La disciplina antidiscriminazione è stata modificata da ultimo dalla L. n. 85/2006. In generale sull'argomento vd. C. CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Quest. Giust.*, 1997, 476 ss.; G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 d.l. n. 122/93, conv. con modifiche dalla l. 25/6/1993 n. 205*, in *Leg. Pen.*, 1994, 175 ss.; L. FORNARI, voce *Discriminazione razziale*, in F. C. PALAZZO e C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 1455 ss.; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, 35 ss.; A. GAMBERINI e G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati d'opinione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 135 ss.; M. LA ROSA, *Tutela della pari dignità: norme antidiscriminazione*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale², Tutela penale della persona*, I, Torino, 2014, 369 ss.; C. D. LEOTTA, voce *Razzismo*, cit.; G. PAGLIARULO, *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Arch. pen.*, n. 3/2014; T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al dir.*, n. 14/2006, 23; G. PAVICH e 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 *questa Rivista*, 13 ottobre 2014; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 960 ss.; L. PICOTTI, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. merito*, 2006, 1966 ss.; D. PULITANÒ, *Sulla legittimità dei reati di opinione nella proposta Mastella*, cit.; L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica dir.*, 1994, 14 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, 223; ID., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit.; ID., *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *ius17@unibo.it*, 2008, 191 ss.

A questo proposito, la dottrina ha denunciato che le (esigie) applicazioni della disciplina penale antidiscriminatoria¹¹¹, «nell'illusione di mettere le cose a posto attraverso una semplice mossa definitiva che dovrebbe servire a chiudere la discussione in partenza», hanno visto la giurisprudenza contemplare la dignità come «un astratto valore preesistente, autoassertivo»¹¹² – sospeso tra «sentimentalismo e deificazione»¹¹³. Facendo prevalere sempre il *rechtsgut* della dignità a detrimento della libertà di espressione, il bilanciamento è stato “ingessato” e ridotto non solo a una mera formula verbale, ma, per quel che più importa, privato della sua proprietà principale, “la contingenza”¹¹⁴.

Recentemente, però, la Corte di cassazione, proseguendo lungo un solco dalla stessa tracciato¹¹⁵, oltre a fornire – come di consueto – un ulteriore contributo di specificazione contenutistica degli elementi normativi della fattispecie *ex art. 3* della legge *de qua*¹¹⁶, ha affermato che «“la discriminazione per motivi razziali” è quella fondata sulla qualità personale del soggetto, non – invece – sui suoi comportamenti»¹¹⁷.

¹¹¹ Secondo L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione*, cit., 210, l'esiguità si può spiegare in ragione del fatto che, salvo i casi particolarmente gravi in cui si procede d'ufficio, le persone offese spesso mancano dei mezzi e di sufficienti conoscenze per adire le vie legali, nonché a causa della indeterminatezza delle fattispecie e del bene giuridico.

¹¹² A. TESAURO, *op. cit.*, 55.

¹¹³ A. TESAURO *op. cit.*, 65.

¹¹⁴ Secondo A. TESAURO si tratta di un «tipo di bilanciamento presentato come valido una volta per tutte e interamente condotto *in vacuo*: uno (pseudo-) bilanciamento che, di fronte al conflitto fra una pluralità di ragioni costituzionali tutte valide e tutte rilevanti per il caso da decidere, aspirerebbe a risolvere il problema del loro coordinamento in base ad un ordine logico–astratto di priorità valevole in assoluto», 60.

¹¹⁵ Vd. Cass. 22 novembre 2012, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Diritti politici e civili*, n. 151 e Cass. 28 maggio 2012, in *Riv. pen.*, 2012, 970.

¹¹⁶ L'integrazione ermeneutica dei giudici di legittimità è stata fondamentale per rimarcare i confini vaghi degli elementi normativi di fattispecie, ecco alcuni esempi: Cass. n. 37581/2008, in *De Jure/Iuris Data*: «mentre le condotte consistenti nel propagandare idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico ovvero nell'istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi configurano ipotesi di dolo generico», le restanti configurano casi di dolo specifico, ove «il motivo ispiratore eccede la condotta discriminatoria o violenta, mentre nel caso della propaganda o dell'istigazione tale motivo è incluso nelle idee propagandate o negli atti discriminatori istigati». Cass. n. 36906/2015, cit.: la propaganda «consiste nella divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico ed a raccogliere adesioni»; *ibidem*: l'«odio razziale o etnico» è integrato non da qualsiasi sentimento di generica antipatia, insofferenza o rifiuto riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità o alla religione, ma solo da un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori»; Cass. 13234/2007, in *De Jure/Iuris Data*: «odiare significa manifestare un'avversione tale da desiderare la morte o un grave danno per la persona odiata, non si può qualificare come odio qualsiasi sentimento di avversione o di antipatia». Cass. n. 47894/2012, in *Giur. it.*, n. 7/2013, 1645 ss., con nota di S. GRINDATTO, *Brevi osservazioni sulla propaganda di superiorità o odio razziale*: «il reato previsto dalla L. n. 654 del 1975, art. 3, lett. a) non esclude affatto dall'alveo precettivo anche un'isolata manifestazione a connotazione razzista; l'elemento che caratterizza la fattispecie è la propaganda discriminatoria, intesa come diffusione [...] di un'idea di avversione tutt'altro che superficiale».

¹¹⁷ Cass. n. 36906/2015, cit. Nello stesso senso vd. Cass. n. 13234/2007, cit. e Cass. n. 27258/2007, in *De Jure/Iuris Data*.

Tale approccio mira a distinguere l'intolleranza gratuita da quella "critica", che diventa tale se fondata su fatti veri. Perché il diritto di "critica razziale" possa operare è necessario adattare al caso specifico i tre elementi costitutivi del diritto di critica "semplice": *verità, pertinenza e continenza*¹¹⁸. Esemplificando, si dovrebbe valutare se il comportamento addebitato al singolo o al gruppo, per cui questi appaiano discriminati, sia vero e cioè empiricamente documentato e se sussiste un interesse pubblico a conoscere la presunta esternazione razzista. Da ultimo occorre saggiare se l'espressione sia stata proferita *sine ira*¹¹⁹. Nella sentenza n. 36906/2015, i giudici di legittimità si sono pronunciati in un caso di propaganda di idee discriminatorie, mediante la distribuzione, da parte di un candidato alle elezioni europee, di volantini contenenti lo slogan "*basta usurai, basta stranieri*". Nel materiale distribuito, in particolare, vi erano caricature di individui di colore dediti allo spaccio di stupefacenti, uomini di nazionalità cinese produttori di merce scadente, donne e bambini di etnia Rom pronti a rubare, musulmani con cinture esplosive e, da ultimo, una figura di Abramo Lincoln circondato da dollari.

La Corte, richiamato il principio per cui vi è discriminazione solo se il *target* è la *qualità* dell'individuo, asserisce che la vicenda sottoposta al suo esame: «vuole veicolare un messaggio di avversione politica verso una serie di comportamenti illeciti che, con una generalizzazione che appare una forzatura anche agli occhi del destinatario più sprovveduto, vengono attribuiti a soggetti appartenenti a determinate razze o etnie. [...] Proprio la presenza della caricatura di Abramo Lincoln, peraltro, lascia intendere che il senso del messaggio non possa essere quello di propagandare la superiorità di una razza rispetto all'altra o l'odio razziale. Anche nella mente del più razzista degli ideatori del volantino non si vede, infatti, su cosa potrebbe fondarsi una pretesa superiorità di etnia o un odio razziale verso un simbolo del popolo statunitense».

Se letta attraverso le lenti della "scriminante di critica razziale", la pronuncia lascia perplessi: i giudici, facendo leva sul «crinale della necessaria contestualizzazione dei fatti» (§10), notano che nell'ambito delle competizioni politiche i toni possono essere «più pungenti e incisivi rispetto a quelli comunemente adoperati nei rapporti interpersonali tra privati» (*ibid.*) e per questo ritengono che il bersaglio della propaganda siano i comportamenti.

Così opinando, però, a parte la (troppo) sbrigativa valutazione della figura di Lincoln e del "dettaglio" dei dollari che lo circondavano, nonché la veicolazione dello

¹¹⁸ In generale per questo modello alternativo al vaglio del pericolo concreto vd. A. TESAURO, *op. ult. cit.*, 166 ss. Sull'esercizio di un diritto e le relative concretizzazioni giurisprudenziali vd., per tutti, G. PANEBIANCO, *L'esercizio di un diritto*, in G. DE VERO, *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa. Trattato teorico-pratico di diritto penale*, coordinato da F. PALAZZO e C. E. PALIERO, vol. I, Torino, 2011, 329 ss.

¹¹⁹ Sottolinea A. TESAURO, *op. cit.*, 169: «[i]n effetti, dagli esigui materiali giurisprudenziali finora disponibili sembra di poter rilevare che il requisito della continenza formale abbia cominciato a guadagnare terreno solo in un secondo tempo rispetto al requisito della fondatezza fattuale della critica. Mentre non sembra che il requisito dell'interesse sociale alla conoscenza dell'opinione espressa formi ancora oggetto di esplicito e autonomo accertamento processuale: presumibilmente perché lo si ritiene il più delle volte implicitamente assorbito, in un rapporto di immedesimazione reciproca, nel riferimento a comportamenti di gruppo e pratiche socio – culturali».

stereotipo di un' America culla di civiltà senza alcuna pur necessaria indagine sull'eventuale sentimento di avversione dell'agente, il Collegio salta a piè pari il primo dei requisiti necessari per la valutazione della (eventuale) liceità della condotta, la verità. Non si capisce quale sia stata l'evidenza alla base dell'equazione Rom = ladri, neri = spacciatori¹²⁰, né pare possibile fare applicazione in questi casi della "variante" della verosimiglianza, data la sua intrinseca carica di soggettività.

Ma sembra esserci di più: la Corte nella (doverosa) ansia di motivare, che la spinge a richiamare *ad adiuvandum* la giurisprudenza della Corte EDU, sottolinea altresì che il giudice di merito «dovrà, in proposito, operare un'interpretazione della normativa in esame che valorizzi la concreta pericolosità e offensività delle condotte [...] in modo da raggiungere un soddisfacente punto di equilibrio fra i principi di rango costituzionale della libertà di espressione e della pari dignità e non discriminazione» (*ibid.*), ma nello stesso corpo motivazionale, al § 5, dichiara che il reato *de quo* è di «pura condotta, o di pericolo astratto, a nulla rilevando che l'azione abbia prodotto degli effetti, cioè che nell'immediatezza del fatto l'incitamento o la propaganda siano o meno stati recepiti».

Delle due l'una e non senza complicazioni: o accogliamo il paradigma del pericolo astratto e le criticabili conseguenze in termini di anticipazione della soglia di punibilità che derivano dal considerare che l'offesa è integrata per il semplice fatto che il *Typus* è conforme *Tatbestand*¹²¹, oppure, ricercando la presenza del "diritto di critica razziale" e quindi spostando il baricentro più sulla protezione dell'onore che su quella della dignità, viriamo verso il pericolo concreto e le apparenti¹²² maggiori garanzie offensive da questo fornite.

Le superiori considerazioni servono a mettere in luce come, malgrado i tentativi definitivi, che la giurisprudenza sicuramente andrà ulteriormente affinando in futuro, la tutela penale della dignità – giustificabile per il livello particolarmente elevato del *rechtsgut*, senza di certo rinunciare a misure educative extrapenali – è endemicamente sfumata e ben si presta a forgiare, senza i correttivi che abbiamo cercato di indicare, "reati con bene giuridico intermedio attualizzato", cioè fattispecie astratte in seno alle quali «esistono dei beni giuridici intermedi, classificabili in qualche posto tra i beni

¹²⁰ In quest'ultimo stesso senso M. C. UBIALI, *op. cit.*

¹²¹ Sulla differenza vd. W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, Köln, 1967. Sui rischi di una protezione in chiave di pericolo astratto della dignità, cfr. A. TESAURO, *op. cit.*, 86, che evidenzia come in questi casi la norma «si colloca a metà strada tra 'tutela penale dei sentimenti' e 'funzione (pedagogico –) promozionale del diritto penale». Quanto alla tutela, «l'offesa sbiadisce e si auto-giustifica da sé, finendo col coincidere con la lesione di un sentimento collettivo a cavallo tra panico securitario e rifiuto morale del razzismo»; quanto alla funzione, «avremmo a che fare con una norma con vistose funzioni didattico-educative che, in un orizzonte complessivo di tipo tutorio-assistenziale nei confronti dei gruppi etnici svantaggiati, si propone compiti di pedagogia collettiva prevalentemente ambientabili sul terreno della c.d. prevenzione positiva».

¹²² In quanto, secondo gli studi di R. C. POST, richiamati da A. TESAURO, *op. cit.*, Cap. II, nt. 163, «la strategia argomentativa del pericolo concreto non è altro che una forma di razionalizzazione postuma di decisioni di condanna che continuano per sempre a fondarsi su aspettative sociali di comportamento rispettoso e decente identificate in base a preferenza politico culturali», A. TESAURO, *op. cit.*, 126.

giuridici individuali e collettivi, e i danni a loro carico, senza che ne risultino visibili i risultati, avvengono in sostanza nell'ambito concettuale»¹²³.

Se questo è lo stato dell'arte, si capisce come una seria disciplina del negazionismo avrebbe imposto al legislatore un'altrettanto seria ponderazione delle questioni sul tavolo: le articolazioni del *nullum crimen, nulla poena sine lege* tanto nel caso di una norma *ad hoc*, quanto nel caso di una fattispecie circostanziata sono messe sotto *stress* e, come si avrà modo di vedere, la previsione di una aggravante così strutturata non allenta la tensione, ma la rende intollerabile.

7. La negazione dei crimini internazionali.

Punire i discorsi d'odio per il tramite degli *hate crimes*¹²⁴, al netto di veri e propri obblighi (internazionali, eurounitari o convenzionali) di penalizzazione, rimane comunque una scelta di politica criminale da valutarsi in termini di plausibilità e opportunità¹²⁵: ci sembra che la tutela penale del negazionismo, in generale, partecipi di entrambe. Essa non è confessionale, ma laicamente egualitaria; non è immateriale perché ha ad oggetto comportamenti dal «contenuto fattivo di istigazione ad una condotta, quantomeno intesa come comportamento generale, che realizza un *quid pluris* rispetto ad una manifestazione di opinioni, ragionamenti o convincimenti personali»¹²⁶; non è infine «inane», perché le condotte rientranti nel suo spettro applicativo sono tutt'altro che inoffensive. La natura del bene giuridico protetto impone che *a monte* ci si serva di elementi, per quanto possibile, descrittivi, altrimenti deve essere la prassi a

¹²³ F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge: Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1991, 34.

¹²⁴ «[G]li *hate crimes* sono quei crimini commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, alla etnia, alla religione, all'orientamento sessuale, all'identità di genere», L. GOISIS, *Omosessualità, hate crimes e diritto penale*, in *GenUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, n. 1/2015, 40 ss., 46, che rinvia a F. M. LAWRENCE, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Cambridge, 1999, chiarendo come i crimini d'odio siano «finalizzati a intimidire la vittima e la comunità della vittima sulla base delle loro caratteristiche personali» e «mand[i]no (...) il messaggio che si tratta di persona non gradita», sortendo «l'effetto di negar[gli] (...) il diritto alla piena partecipazione sociale», *ivi*, 47 e in OSCE, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihr, 2009, 17, consultabile all'indirizzo <http://www.osce.org/odihr/36426>.

¹²⁵ In questo senso cfr. M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2015, 37 ss., 39: «la legittimità dell'intervento penale non è definibile in termini netti, ma si gioca sul terreno più sfumato del *giudizio di plausibilità*, in un contesto nel quale l'opzione penale non può dirsi necessaria, a meno che non sussistano obblighi di incriminazione, ma solo più o meno *opportuna*», corsivo dell'A. Cfr. pure le critiche di A. TESAURO, *op. cit.*, 84-85, secondo il quale, nella *Risikogesellschaft* e quindi in piena logica precauzionale, il diritto penale anti-razzismo avrebbe «spiccate connotazioni 'funzionalistiche' che, di fronte ad un pericolo non gestibile come evento singolo, sarebbe chiamata ad agire da "grande regolatore" contro "grandi turbative" per mantenere "l'ordine complessivo"».

¹²⁶ Così, in relazione all'art. 3 L. 654/75 sulla cui falsariga la protezione andrebbe comunque modulata, Cass., n. 13234/2008, *cit.*

valle a dover supplire – come è concretamente accaduto *ex art. 3 L. 654/75* – alla imprecisione.

Eppure la novella di cui all'art. 1 L. 115/2016 non sembra tenere conto di questa intima esigenza di tassatività: il legislatore, scegliendo la via (apparentemente) meno irta della aggravante ha reso insopportabilmente vaga la rilevanza penale della negazione, incorrendo in un paradosso (se non in una vera e propria eterogenesi dei fini): il diniego della *Shoah*, che è “sublimazione” degli elementi normativi etico-sociali di fattispecie¹²⁷, finisce per essere “più” rigido¹²⁸ di quanto non lo sia quello avente ad oggetto i crimini internazionali; e ciò, nonostante la seconda parte del comma 3 *bis* richiami espressamente la *definizione* che dei crimini internazionali forniscono gli art. 6, 7, 8 dello statuto della Corte penale internazionale e non anche l'art. 8 *bis*, che definisce il crimine di aggressione.

Dando una scorsa a queste disposizioni, infatti, ci si avvede di come tali *crimina*: da un canto, siano integrati da un ampio novero di condotte materiali, che, *e.g.*, nel caso della definizione giuridica di genocidio non comprendono il *target* colpito per motivi politici e economici o, per i crimini di guerra, si differenziano in sei sottogruppi («violazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949», «altre gravi violazioni delle leggi e delle consuetudini (*sic!*) applicabili in un conflitto armato internazionale» etc.); dall'altro, di come essi si sostanzino di accertamenti da compiere a livello intellettuale e in base al contesto: «l'intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso», per il crimine di genocidio (art. 6); l'intenzionalità di atti commessi «nell'ambito di un attacco a vasto raggio o sistematico diretto contro qualsiasi popolazione civile», per i crimini contro l'umanità (art. 7); la circostanza che i crimini di guerra siano «commessi come parte di un piano, di una politica o della commissione su vasta scala» (art. 8)¹²⁹.

In mancanza di riferimenti precisi¹³⁰, la norma autorizza l'interprete a ritenere che debba essere il giudice nazionale a compiere delle operazioni funamboliche, che vanno ben oltre le capacità e le risorse della propria funzione. Poniamo caso che, in un

¹²⁷ Sugli elementi normativi di fattispecie vd., per tutti, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.

¹²⁸ La classificazione degli elementi di fattispecie in *rigidi, elastici e vaghi* è di G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 213 ss.

¹²⁹ G. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *SIDIBlog*, 22 giugno 2016, evidenzia che i crimini di guerra: «includono anche fattispecie *soi disant* minori, come il fatto di «dirigere deliberatamente attacchi contro [...] proprietà che non siano obiettivi militari»; o ancora di «dirigere intenzionalmente attacchi contro [...] ospedali, purché tali edifici non siano utilizzati per fini militari» (Statuto della Corte penale internazionale, art. 8.2.b.ii, e art. 8.2.b.ix, per quanto concerne i conflitti armati a carattere internazionale, e art. 8.2.e.iv, per quanto concerne i conflitti a carattere non internazionale)».

¹³⁰ G. DELLA MORTE, *op. ult. cit.*: «Tra le vulnerabilità della legge appena approvata assume una particolare rilevanza la circostanza per cui non si menziona in alcun modo quello che sarebbe stato sopra ogni altra cosa importante specificare, e cioè *chi* avrà il potere di qualificare il crimine oggetto di questa particolare forma di tutela [...] Se si attribuisse tale potere al legislatore, ad esempio, si porrebbe la questione della interferenze tra mondo politico e giudiziario, rinverdendo la critica ribadita, anche recentemente, da autorevoli storici[...] di creare indebite 'verità di Stato'».

contesto di idee fondate sulla discriminazione razziale, Tizio sostenga che la minoranza armena abbia confezionato *ad hoc* l'idea che nei propri confronti sia stato perpetrato un genocidio, negando quindi l'accaduto. Il giudice, preso atto che non è in contestazione l'evento "auto-evidente" della Shoah, dovrà, senza potersi servire di una decisione di un Tribunale internazionale – vuoi perché allo stato sulla specifica questione non ve ne sono (non potendosi utilizzare a tal fine le sentenze della Corte EDU, che non ha giurisdizione di merito e che nel caso pertinente ha dichiarato la violazione dell'art. 10), vuoi perché la norma non ne fa menzione – da sé o, più realisticamente, interpellando un consulente¹³¹, verificare l'*actus reus*, nonché la colpevolezza, con strumenti che non coincidono con quelli dello storico. Che tipo di indagine sia possibile compiere sulla *mens rea* di soggetti non personalmente individuati, né sentiti nel contraddittorio tra le parti, la norma «non dice, [anzi] nasconde [, forse, a voler concedere già troppo,] dà segni»¹³². Né a rigore, salvo ad intendere il concetto di «definizione», di cui al comma 3 *bis*, in senso ampio/sostanziale e a condizione che l'impiego conduca ad effetti *più favorevoli* al reo, sono richiamati gli *Elementi Costitutivi dei Crimini* (art. 9 St. C.P.I.), che in via ermeneutica servono a specificare il contenuto e gli elementi delle singole fattispecie¹³³.

L'unico modo per provare a non arrendersi alla disapplicazione è tenere comunque conto degli accertamenti in punto oggettivo e soggettivo compiuti dai giudici internazionali. Tuttavia, come si accennava nei paragrafi iniziali, la soluzione non è priva di contro-indicazioni sia perché vi sono dissensi tra storici e giudici internazionali circa la qualificazione da attribuire a determinati fatti, sia perché il numero di eventi storici il cui diniego giustificerebbe l'applicazione dell'aggravante sarebbe molto ristretto.

Sotto questo secondo profilo si noti incidentalmente che il Tribunale militare internazionale di Norimberga, che giudicò sulla responsabilità penale dei *Major War Criminals*, ovvero il Tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente, che a Tokyo condannò i criminali di guerra giapponesi, sono entrambi disattivati, mentre i tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia o per il Ruanda hanno competenza limitata a precisi contesti storici. Da ultimo, la Corte penale internazionale non ha competenza retroattiva, ma può giudicare solo dei crimini commessi dopo il 1° luglio 2002, data di entrata in vigore del suo statuto, con la conseguenza paradossale che dei fatti verificatisi prima di quella data solo la negazione dell'Olocausto ebraico potrebbe avere rilevanza aggravatrice¹³⁴.

¹³¹ Per tutti cfr. P. PEZZINO, *Lo storico come consulente*, in G. RESTA e V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare. Risarcire. Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, 83 ss.

¹³² Riadattiamo in questa sede il frammento 22 *Herakleitos* B 93, in DIELS-KRANZ, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, VI ed., Berlino, 1952, «oute leghei, oute kryptei, alla semainei».

¹³³ Sugli *Elements of Crimes*, vd. M. COSTI e E. FRONZA, *Le fonti*, 86–87, in E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2010.

¹³⁴ Nello stesso senso vd. G. DELLA MORTE, *op. ult. cit.* In generale sull'impiego delle sentenze delle Corti internazionali, cfr. C. D. LEOTTA, *Profili penali del negazionismo*, cit., 86–87, che, commentando il precedente progetto di legge, prospetta in proposito tre ulteriori questioni problematiche: «[s]i pensi a una sentenza di un Tribunale *ad hoc* o della stessa Corte penale internazionale[...] che escluda la responsabilità individuale

La *probatio* è ulteriormente *diabolica* sotto il profilo dell'imputazione soggettiva degli elementi di fattispecie che integrano l'aggravante. Stando alla disciplina di cui all' art. 59, co. 2 c.p., sembra che il comma 3 *bis* debba trovare applicazione se il soggetto, che non può nutrire alcun credibile dubbio sull'aver negato, conosce effettivamente, ignora colposamente la sussumibilità del fatto negato nell' alveo degli artt. 6, 7, 8 dello Statuto di Roma, ovvero la suppone erroneamente (e per colpa) inesistente. A incrementare il disvalore del fatto concreto, invero, non è il diniego in sé, ma la negazione di un crimine *«definito»* ai sensi di specifiche disposizioni.

Per queste ragioni, il rinvio operato dal legislatore allo Statuto della C.P.I. sembra escludere la possibilità di valutare *ex art. 59, co. 2 c.p.* la “conoscenza parallela nella sfera laica” dei crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra; viceversa, la valorizzazione del significato sociale avrebbe potuto ammettersi, se, accantonato il rilievo, pur assorbente, di una violazione ancora più evidente del principio di legalità, la norma si fosse limitata ad un generico riferimento agli stessi.

Pertanto, eccettuata la negazione dell'Olocausto ebraico (che a questo punto è l'unico segmento vitale di norma) e ammesso che non si sia costretti a desistere *antea*, cioè al momento della valutazione della sussistenza degli elementi costitutivi del reato circostanziato, la cattiva fattura della aggravante la rende un “ramo secco”.

Se sono vere le premesse, la clausola del «concreto pericolo di diffusione» è un richiamo di stile, ad imitazione della migliore giurisprudenza in materia di pericolo concreto, che realizza un mero effetto placebo.

Il legislatore ha chiaramente perso un'occasione per un serio intervento in materia di quei discorsi che data la loro “obliquità”¹³⁵ ledono *subdolamente* la dignità umana, sacrificando così il volto costituzionale anche di uno strumento – la circostanza del reato – che avrebbe potuto essere più rassicurante.

Eppure, atteso che il *novum* non attua la normativa euro unitaria e preso atto che alcuni ordinamenti nazionali hanno sostanzialmente ignorato la fonte europea sul

dell'imputato [...] per la commissione di un genocidio, pur dichiarando incidentalmente che il fatto contestato, nella sua materialità è avvenuto»; «[s]e, poi, ad esempio accade che un Goran Jelisić (1968), l' “Adolfo Serbo”, sia assolto in primo grado dall'accusa di genocidio dal Tribunale *ad hoc* della ex-Jugoslavia per i crimini commessi nel campo di Luka (Brčko), per assenza della prova dell' *intent to destroy* e, in seguito, la Corte di appello dichiara di discostarsi dal principio di diritto espresso in primo grado, affermando che l'assenza di un piano di distruzione non vale ad escludere il dolo di genocidio, ma al contempo non rinnova il giudizio per carenza di interesse perché l'imputato già è stato condannato a 40 anni di reclusione»; «[c]he dire, infine, se per certi fatti di genocidio, non è stato possibile o non è ancora possibile o non sarà mai possibile procedere dinnanzi ad un giudice?».

¹³⁵ Secondo l'efficacissima spiegazione di E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., XVIII-XIX: i fatti «vengono nascosti, stravolti, usati per provare ora questa, ora quella 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 desiderata». Sulle tecniche dei negazionisti si rinvia ai fondamentali lavori di V. PISANTY, tra cui, *Abusi di memoria. Negare, sacralizzare, banalizzare la Shoah*, Milano, 2012; ID., *L'irritante questione delle camere a gas: logica del negazionismo*, Milano, 1998; ID., *Come si nega un fatto: le strategie interpretative dei negazionisti*, in M. FLORES (a cura di), *Storia, Verità, giustizia. I crimini del XX secolo*, Milano, 2009.

presupposto della conformità della propria legislazione, il Parlamento avrebbe potuto comportarsi diversamente, scegliendo anche la via della fattispecie *ad hoc*. Nel fare ciò avrebbe potuto valorizzare gli sforzi che la dottrina si è impegnata a fare per dimostrare come una soluzione “forte”, «salendo di tono», possa essere razionalmente realizzabile¹³⁶.

È stata infatti suggerita la necessità di compensare l'elevata carica simbolica¹³⁷ di un apposito *nomen criminis*, tramite una accurata selezione delle condotte punibili, che avrebbero dovuto attingere soltanto agli accadimenti sintomatici, «a un tempo, del credo negazionista e della realtà dell'Olocausto, come ad esempio l'uso delle camere a gas e dei forni crematori», salvaguardando così non solo le istanze di materialità, ma anche alleviando l'onere probatorio dell'accusa – la soluzione di punire il diniego della sola *Shoah* giustificandosi anche in virtù del valore fondazionale che *questo male* ha per (il mondo) e per gli ordinamenti europei coinvolti direttamente.

L'impiego del dolo specifico avrebbe scervato «le espressioni dettate dall'intento di gettare discredito sulle minoranze da quelle motivate da fini di “spassionata” indagine storiografica».

L'organicità e l'impegno (oltre che l'originalità) della proposta si nota dall'aver altresì suggerito la procedibilità del reato *ex officio*, nonché «l'immediata conversione in una pena di sostanza espressiva e reputazionale», come, ad esempio, «[...]la lettura in udienza di un dispositivo munito di una speciale narrativa, da cui traspaia – con formulazioni più estese ed efficaci dell'ordinario – la disapprovazione dell'ordinamento all'indirizzo dell'autore delle espressioni negazioniste, al quale ricollegare, ove possibile, una sanzione accessoria di natura inibitoria/interdittiva e la pubblicazione della sentenza di condanna».

Secondo altra dottrina, invece, il nostro ordinamento non avrebbe avuto bisogno di una fattispecie di *negazionismo puro* – nell'ipotesi appena illustrata, invero, qualificato dal *dolo specifico* – ma di un adattamento della cornice edittale della pena di cui all'art. 3 L. 654/75 (reclusione fino a un anno e sei mesi o multa fino a 6.000 euro) rispetto alla già menzionata decisione quadro: «o basta riferirsi alla pena edittale massima *tout court* – in tal caso il nostro ordinamento non sarebbe da considerare inadempiente – o la menzione nella decisione quadro della sola pena detentiva vale ad escludere una sua previsione in via alternativa con quella pecuniaria – ciò che richiederebbe un adeguamento da parte del sistema italiano»¹³⁸.

¹³⁶ Il riferimento è a M. CAPUTO, *op. cit.*, in part. 49–50.

¹³⁷ Non del tutto negativa, cfr. A. PAGLIARO, *Verso un nuovo codice penale: itinerari, problemi, prospettive*, in *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956–2008*, Vol. III, *Altri Scritti – I*, Milano, 2009, 13 ss., 20 (già in *Ind. Pen.*, 1992, 15 ss.): «Altro e ben diversa cosa è la tutela di un simbolo, perché un simbolo è anch'esso un bene giuridico: simbolo è il segno di un valore, e tutelare il segno vuol dire tutelare il valore. Meglio tutelare penalmente i segni e i valori di una civiltà – perché una civiltà è fatta non solo di beni materiali, ma soprattutto di valori – meglio questo, che accettare una barbarie materialistica, senza segni e senza valori».

¹³⁸ P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona*, cit., 156.

Il Parlamento in questa seconda evenienza non si sarebbe nettamente schierato, ma avrebbe garantito comunque protezione e parità di trattamento a tutte le vittime.

8. Considerazioni conclusive.

L'impressione avuta a prima lettura è amaramente confermata: l'aggravante della negazione dei crimini internazionali è simbolica tanto nelle premesse (com'è comprensibile in parte sia un intervento del genere), quanto nella formulazione, il cui *surplus* di evanescenza non è superato, bensì esacerbato dal rinvio al diritto internazionale penale e alla sua "*Magna Charta*".

Desta altresì perplessità il profilo sanzionatorio, che esclude il ricorso alla pena pecuniaria: la cornice edittale ivi 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'esasperata minaccia legale. Le finalità rieducative, invece, vengono oscurate dalle modalità vaghe e indefinite di tipizzazione della fattispecie. Infine la circostanza non è sottratta al giudizio di bilanciamento, pertanto, ove ritenuta soccombente nel *concorso eterogeneo* con altre, non troverebbe comunque applicazione.

Quanto fin qui indicato spinge a interrogarsi sulla possibilità che il diritto penale offra protezione contro l'impostura negazionista, rimanendo sul letto di Procuste dei suoi principi fondamentali e escludendo che la legge penale sia «trattata come un bene di consumo»¹³⁹.

Verosimilmente la scelta più coerente, al fine di non eludere le articolazioni del principio di legalità, sarebbe stata quella di prevedere, per le ragioni indicate, una fattispecie incriminatrice *ad hoc* volta alla protezione del rispetto-riconoscimento delle vittime dell'Olocausto. Qualora al legislatore ciò fosse apparso irragionevole, la tutela dalla negazione dei crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra come definiti dagli artt. 6, 7, 8 dello Statuto della Corte Penale Internazionale sarebbe risultata meno ipocrita e più realistica – ma non innocua – se ricondotta nell'alveo della categoria dogmatico – classificatoria dei delitti contro l'ordine pubblico *internazionale*, purché ancorata a una decisione passata in giudicato, espressione della sovranità della comunità degli Stati.

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»¹⁴⁰ e il consenso non si catalizza con l'arma "a doppio taglio" del diritto penale.

¹³⁹ L'espressione è di F. SGUBBI, *Presentazione*, in *La legislazione penale compulsiva*, cit. Sullo stato (preoccupante) della legislazione attuale vd., e.g., A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di un diritto penale simbolico*, in *Archivio Penale* (ed. web), n. 2/2016.

¹⁴⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di VENTURI, Torino, 1965, § XXXII, 80.