

## IL REATO DI NEGAZIONISMO NELLA PROSPETTIVA EUROPEA: TENTATIVO DI RICOSTRUZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA\*\*

1. *Riflessioni introduttive: la protezione della memoria collettiva dell'Olocausto.* – 2. *Libertà costituzionali in «potenziale» esercizio: la dialettica tra il discorso negazionista e le libertà di espressione, ideologica e scientifica. Alla ricerca di un bene giuridico.* – 2.1. *Delimitazione prima facie della libertà di espressione dinanzi al discorso negazionista.* – 2.2 *La protezione attribuibile al discorso negazionista nel conflitto con altri beni o valori costituzionali. Una proposta di bene giuridico nell'ambito di un ordinamento aperto e personalista.* – 2.3. *Negazionismo, dalla nozione di «fatto storico stabilito» al controllo giudiziale del «metodo scientifico»: criteri validi di distinzione tra lecito e illecito?* – 3. *Revisione critica delle differenti manifestazioni del reato di negazionismo nel quadro europeo: una proposta di rilettura costituzionalmente orientata.* – 3.1. *La Decisione quadro 2008/913/GAI, del 28 novembre 2008, sulla lotta a forme e manifestazioni di razzismo e xenofobia nel diritto penale.* – 3.2. *La definizione della condotta tipica: azioni tipiche, crimini di riferimento ed altri elementi.* – 3.2.1. *Il (non risolubile) deficit di tassatività dell'ampia gamma di azioni tipiche connesse al discorso negazionista.* – 3.2.2. *Il «discutibile» ampliamento dei crimini oggetto di negazione.* – 3.2.3. *Ulteriori elementi restrittivi dell'ambito punitivo.* – 3.3. *L'offensività della condotta tipica: dalla presunzione di offensività al contenuto del reato volto all'istigazione o all'insulto. Una proposta critica.* – 3.3.1. *Sull'offensività «in sé» delle condotte negazioniste ovvero sulla presunzione della sua pericolosità* – 3.3.2. *I discorsi negazionisti e il suo carattere di provocazione (in senso improprio). Una critica.* – 3.3.3. *Deficit di offensività nella configurazione come delitto a «dolo specifico». Inaccettabile anticipazione della tutela penale.* – 3.3.4. *Ex malis minor: il reato di negazionismo come delitto di offesa in ragione del carattere vessatorio o di insulto nei confronti di membri appartenenti a un gruppo sociale. A sostegno di un dolo specifico. Il modello portoghese.*

### 1. Riflessioni introduttive: la protezione della memoria collettiva dell'Olocausto

La Modernità, in contrasto con l'immagine di un'Europa protettrice dei diritti umani, ci ha consegnato alcune delle pagine più oscure della Storia<sup>1</sup>: due guerre mondiali, guerre regionali ovunque; alcuni dei più grandi stermini mai conosciuti, come – senza alcun intento di comparazione – l'Olocausto perpetrato dal regime nazista o le stragi dei Gulag sovietici; i genocidi degli armeni e dei tutsi; la bomba atomica. Tutti, esempi della barbarie moderna e risultato, in buona parte, di una razionalità tecnica e deputata al raggiungimento di obiettivi tipica dei nostri giorni<sup>2</sup>. In particolare, l'Olocausto continua a presentarsi come un nefasto

\* Dottore Europeo di Ricerca. Allievo del Reale Collegio di Spagna a Bologna. — [germanteruel@gmail.com](mailto:germanteruel@gmail.com)

\*\* Sintesi della tesi di ricerca europea «*La lotta del Diritto contro il negazionismo: un confine pericoloso. Particolare studio degli ordinamenti spagnolo e italiano*», in co-tutela internazionale tra l'Università di Bologna e l'Università di Murcia, discussa l'11 di Aprile 2014 nel Reale Collegio di Spagna a Bologna, e giudicata *cum laude* dalla Commissione composta dai professori: Ferrando Mantovani, Andrea Morrone, Jaime M. Peris Riera, Roberto Romboli, Manuel Aragón Reyes, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. Ringrazio anche l'aiuto con la traduzione all'italiano di questo saggio alla Dott.ssa Lisa Lanzoni, Università di Verona, e alla Dott.ssa Stella Romano, Università di Bologna.

<sup>1</sup>T. TODOROV si domanda se il XX Secolo verrà conosciuto come «il Secolo delle tenebre», così come il XVIII Secolo è passato alla storia come «il Secolo della luce» («Il secolo delle Tenebre», in M. FLORES (dir.), *Storia, verità, giustizia: I crimini del XX secolo*, Bruno Mondadori, Milano, 2001, p. 1).

<sup>2</sup> Come evidenzia Z. BAUMAN in relazione a queste tragedie: «La Soluzione Finale non fu in alcun momento incompatibile con una ricerca razionale di efficienza, con il migliore conseguimento degli obiettivi. Anzi, al contrario, *mosse da una volontà di agire totalmente razionale e fu generata da una burocrazia fedele al suo stile e modo di essere*» (*Modernidad y Holocausto*, 5ª ed., Sequitur, Madrid, 2010, p. 39). Lo stesso A. aggiunge: «l'Olocausto non fu una irrazionale rinascita sulle ceneri delle barbarie pre-moderne. Fu un inquilino legittimo nella casa della Modernità; un inquilino che non si sarebbe sentito a proprio agio in nessun'altra casa» (*ibidem*, p. 39). La burocrazia e le moderne tecnologie hanno condotto al sonno della morale nella società (*ibidem*, p. 49).

«mito fondativo», in realtà un «contro-mito», di fronte al quale avviare un processo di ricostruzione<sup>3</sup> attraverso l'affermazione del valore della persona e della sua dignità naturale<sup>4</sup>. Un intento chiaramente accolto dalla Dichiarazione universale dei diritti umani, secondo la quale: «[c]onsiderato che il disconoscimento e il disprezzo dei diritti umani hanno portato ad atti di barbarie che offendono la coscienza dell'umanità», gli Stati ribadiscono «la loro fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna».

Decenni dopo, torna a manifestarsi nella società europea la preoccupazione di un ritorno a tendenze fasciste e neonaziste, nonché della diffusione di ideologie xenofobe e antisemite<sup>5</sup>, molte delle quali alimentate da tesi negazioniste<sup>6</sup>. Si tratta dei cosiddetti «assassini della memoria»<sup>7</sup>, che pretendono di negare o minimizzare l'Olocausto e i crimini perpetrati dal nazismo. Orbene, dinanzi a tali tendenze, si è manifestata sia a livello sociale, sia in ambito scientifico e istituzionale, una forte risposta «anti-negazionista». In ambito scientifico, si registra la presenza di una rilevante corrente di storici impegnati nell'opera di demolizione delle tesi negazioniste<sup>8</sup>. Si tratta di Autori che hanno fatto emergere la mancanza di rigore e di affidabilità dei negazionisti, per ribadire la memoria di un passato che non può essere dimenticato<sup>9</sup>. In proposito, vale sottolineare, oggi, la presenza di altri fondamentali strumenti educativi, sulla tragedia dell'Olocausto quali film, documentari<sup>10</sup> o portali di divulgazione<sup>11</sup>.

---

<sup>3</sup>J. VÁNDOR afferma che: «Vi era la convinzione che, a partire dall'Illuminismo, la cultura sarebbe stata un cammino in ascesa, un'ancora di salvezza contro il male che si annida in ciascuno di noi. Ci stavamo sbagliando. Psicologi, filosofi, antropologi, tutti coloro che si fermano a riflettere sulla Storia, sono d'accordo nel riconoscere il primo risultato dell'Olocausto, l'inescusabile perdita del rispetto dell'uomo» («Del antijudaísmo precristiano al antisemitismo racial: estudio de una metamorfosis», in J. CRUZ DÍAZ, Y R. RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, 1ª Ed., Anthropos, Barcelona, 2009, p. 24).

<sup>4</sup>Come sostenuto dal Giudice RODRÍGUEZ-ZAPATA riguardo al delitto di negazionismo in Spagna, «[...] ogni continente genera i suoi mostri: la freddezza burocratica di un regime che sosteneva scientificamente le condotte di genocidio, oggi tipizzate dal nostro art. 607, non trovò spazio in America, ma in Europa [...]. In Europa il posto d'onore nell'elenco dei diritti fondamentali spetta alla dignità dell'essere umano, dinanzi alla quale non dobbiamo lasciarci abbagliare da categorizzazioni che prescindano dall'esperienza europea» (Voto dissidente alla STC 235/2007).

<sup>5</sup>Al riguardo, tra gli altri, *vid.* R. RODRÍGUEZ PRIETO, «Unidentitario vs. Pluriidentitario. El resurgimiento del antisemitismo en el siglo XXI», in J. CRUZ DÍAZ y R. RODRÍGUEZ PRIETO, *Holocausto y crímenes contra la humanidad: claves y recorridos del antisemitismo*, 1ª Ed., Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 149-172. Di recente, molti sono i segnali sulla crescita dei movimenti estremisti in Europa, tra cui vale ricordare la nascita del partito greco «Alba dorata».

<sup>6</sup>Il «discorso negazionista», o, più in generale, il «negazionismo», rappresenta un fenomeno complesso, difficilmente riconducibile a categorie e contorni definiti. Il «negazionismo dell'Olocausto» sarebbe, in realtà, una degenerazione del «revisionismo storico» riguardante la Seconda Guerra Mondiale, che nega o minimizza l'esistenza dei crimini nazisti, falsificando palesemente la Storia. I metodi ad esso propri sono estranei a qualsiasi metodologia scientifica minimamente comprovata e, solitamente, si accompagna al «discorso ideologico», che riunisce aspetti del nazionalismo tedesco, del neonazismo e dell'antisemitismo e, talvolta, dell'anticomunismo e dell'anti-capitalismo. Inoltre, il concetto di «negazionismo» si è esteso ad altri discorsi, che negano o giustificano genocidi o crimini diversi dall'Olocausto, come si è visto nel caso del negazionismo turco sul genocidio armeno, con la peculiarità, in questo caso, che si tratta di una forma di negazionismo istituzionalmente imposta dallo stesso Stato turco; allo stesso modo, si può ricordare l'esempio del negazionismo relativo ai crimini perpetrati dal regime sovietico. In senso generale, potrebbero essere definiti «negazionisti» tutti quei discorsi che, per motivi ideologici e senza una metodologia scientifica, sostengono la negazione o la giustificazione di genocidi o di altri gravi crimini contro l'umanità. Per un approfondimento sull'evoluzione del movimento negazionista ed i suoi principali esponenti, *vid.*, tra gli altri, V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Bompiani, Milano, 1998, pp. 7-24; J-Y CAMUS, «El negacionismo en el mundo occidental: una pantalla pseudocientífica del antisemitismo», in M. A. SIMÓN (ed.), *La extrema derecha en Europa desde 1945 a nuestros días*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 223-248; R. S. WISTRICH, voz «Negacionismo», in W. LAQUEUR (dir.) / A. CAVAGLION (dir. de la edición italiana), *Dizionario dell'Olocausto*. Giulio Einaudi, Turin, 2004, pp. 493-503; R. CALZA, «Revisionismo e negazionismo nella storiografia contemporanea», Fiorenza Tarozzi (dir.), *Tesi di Laurea in Storia Contemporanea*, Universidad de Bolonia, Bolonia, corso 2000-2001; D. LIPSTADT, *Denying the Holocaust: The growing assault on truth and memory*, Penguin Books, Nueva York, 1993; P. VIDAL-NAQUET, *Los asesinos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI, 1994; P. P. POGGIO, *Nazismo e revisionismo storico*, Roma, Manifesto Libri, 1997 o V. PISANTY, «I negazionismi», in M. CATTARUZZA, M. FLORES, S. LEVIS SULLAM, y E. TRAVERSO, *Storia della Shoah. La crisi dell'Europa, lo sterminio degli ebrei e la memoria del XX secolo*, vol. I., Utet5, Torino, 2005-2006, pp.423-448.

<sup>7</sup>«Assassini della memoria» è l'espressione utilizzata da Pierre VIDAL-NAQUET (*op. cit.*) per riferirsi ai «negazionisti dell'Olocausto».

<sup>8</sup>Fanno parte del movimento degli «studiosi antinegazionisti», tra gli altri, il già citato Pierre VIDAL NAQUET, Deborah LIPSTADT, Valentina PISANTY.

<sup>9</sup>Come afferma VIDAL NAQUET: «si può e si deve discutere circa i cosiddetti "revisionisti", si possono analizzare i loro testi, come se si procedesse a sezionare gli elementi di una menzogna; si può e si deve analizzare la specifica configurazione delle loro ideologie, domandandosi perché e come nascano ed appaiano, tuttavia non si discute con i "revisionisti"» (*Los asesinos de la memoria, op. cit.*, p. 15).

<sup>10</sup>Un elenco di tali film e documentari è disponibile su:

<http://www.un.org/es/comun/docs/?path=/holocaustremembrance/filmseries.shtml>

Le stesse istituzioni pubbliche continuano a promuovere diverse iniziative in proposito<sup>12</sup>, auspicandone un sempre maggiore sostegno anche da parte del mondo politico. Non a caso, nel corso degli ultimi anni si è assistito al moltiplicarsi di risoluzioni e dichiarazioni istituzionali – alcune delle quali direttamente previste dalla legge – di condanna del genocidio nazista e di proclamazione di giornate della memoria in ricordo delle sue vittime<sup>13</sup>.

Ma il principale risultato della lotta politica e legislativa contro il negazionismo è stata la previsione, negli ordinamenti giuridici europei, di specifiche fattispecie penali per condotte consistenti nel negare, banalizzare o giustificare l'Olocausto ovvero altri genocidi o gravi crimini contro l'umanità<sup>14</sup>. Sulla base di tali previsioni e di altre norme, noti negazionisti, già coinvolti in diversi processi, sono stati condannati per i propri scritti<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> È il caso, ad esempio, del gruppo «Pratique de l'histoire et dévoiements négationnistes» [<http://www.phdn.org/index.html>]; del portale web «Holocaust Denial on Trial» [<http://www.hdot.org/>], in cui viene resa disponibile la completa ricostruzione dei processi a carico dei negazionisti; del sito «Squadra Nizkor» [<http://www.nizkor.org/>], dedicato all'anti-negazionismo.

<sup>12</sup> Vale ricordare i programmi: *L'Olocausto e le Nazioni Unite*, disponibile su <http://www.un.org/en/holocaustremembrance/index.shtml>; *Education for Holocaust remembrance*, a cura dell'Unesco, disponibile su <http://www.unesco.org/new/en/education/themes/leading-the-international-agenda/human-rights-education/holocaust-remembrance/>; *Holocaust Memorial Museum*, disponibile su <http://www.ushmm.org/>; *Task Force for international cooperation on Holocaust education, remembrance, and research*, disponibile su <http://www.holocausttaskforce.org/>.

<sup>13</sup> In tale prospettiva, la Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU (A/RES/60/7, dell'1 novembre 2005), ha fissato nella data del 27 gennaio la Giornata internazionale per la commemorazione annuale delle vittime dell'Olocausto, in cui gli Stati sostengono la lotta alle posizioni anti-negazioniste e la diffusione di iniziative e programmi educativi sulla memoria dell'Olocausto, tra cui il programma «L'Olocausto e le Nazioni Unite». Anche l'Unesco ha promosso lo sviluppo di programmi sulla memoria dell'Olocausto (Risoluzione UNESCO 34c/61, dell'1 novembre 2007). Nel 2007, con una nuova Risoluzione dell'Assemblea Generale (A/RES/61/255, del 26 gennaio 2007), l'Onu è tornata a pronunciarsi sul negazionismo dell'Olocausto per «condannare senza riserve qualsiasi negazione dell'Olocausto» (sic). Da parte sua, il Parlamento europeo, nel 2000 e nel 2005, ha approvato proposte di dichiarazioni sulla memoria dell'Olocausto per rendere omaggio alle sue vittime, diffondendo informazioni su tale tragedia e condannando le posizioni negazioniste. In Spagna, su iniziativa del Consiglio dei Ministri, del 10 dicembre 2004, il 27 gennaio è dedicato al Giorno ufficiale sulla memoria dell'Olocausto e sulla lotta ai crimini contro l'umanità. Allo stesso modo, in Italia, il 27 gennaio è dedicato al Giorno della Memoria, come stabilito dalla l. n. 111/2000, per ricordare lo sterminio del popolo ebraico, le leggi razziali e la persecuzione degli ebrei italiani. Altri Paesi hanno previsto giorni dedicati alla Memoria dell'Olocausto.

<sup>14</sup> Per uno studio in prospettiva comparata, *vid.* J. LUTHER, «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada», *ReDCE*, n. 9, 2008, pp. 247-295 e E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 15 ss.; in proposito, *vid.*, altresì, *Id.*, «The punishment of negationism: the difficult dialogue between law and memory», *Vermont Law Review*, vol. 30, 2006, pp. 617 ss.; *Id.*, «¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria», *UNED. Revista de Derecho Penal y criminología*, n. 5, 2011, pp. 116 ss.; *Id.*, «Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria», *Region pratica*, n. 30, 2008, pp. 37 ss.; C. M. CASCIONE, «Negazionismo e libertà di espressione: rilievi comparatistici» [on line], Convegno «Le ferite della Storia e il diritto riparatore», 21.1.2011, *Università degli Studi di Roma Tre*. Consultabile all'indirizzo: <https://www.sites.google.com/site/storiaediritto/convegni/21-1-2011-le-ferite-della-storia-e-il-diritto-riparatore>; A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale», in *Id.* Y S. SICARDI (dir.), *Democrazie imperfette: atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, G. Giapichelli, Torino, 2005, T. 1, p. XIII-XXVIII; BAZYLER, Michael J., «Holocaust denial laws and other legislation criminalizing promotion of Nazism» [en línea]. *Institute Yad Vashem*. 2006. Consultabile all'indirizzo: <http://www1.yadvashem.org/yv/en/holocaust/insights/pdf/bazyler.pdf>.

<sup>15</sup> Tra questi, si ricorda il caso di Robert FAURISSON, che venne espulso dal ruolo di professore universitario e sottoposto a diversi processi successivamente all'entrata in vigore della Ley Gayssot in Francia. Il caso Faurisson giunse dinanzi allo stesso Comitato dei Diritti umani dell'ONU, che lo condannò, seppure criticando il carattere vago della Legge Gayssot stessa (Communication n° 550/1993: France, 16/12/1996, CCPR/C/58/550/1993). Per una ricostruzione del caso Faurisson, v. V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas...*, *op. cit.*, pp. 15-17; R. A. KHAN, *Holocaust denial and the law. A comparative study*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2004, pp. 31-37 e 108-11. Altro noto negazionista fu Roger GARAUDY, condannato dai Tribunali francesi con una pronuncia confermata dalla Corte EDU. In proposito, v. A. BURATTI, «L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione "dei miti fondatori" del regime democratico», *Giurisprudenza Italiana*, fasc. 12, 2005. Molte note furono, altresì, le condanne inflitte a Pierre MARAIS e Bruno GOLLNISCH da parte dei Tribunali francesi (*vid.* R. L. WEAVER, N. DELPIERRE Y L. BOISSIER, «Holocaust Denial and Governmentally Declared "Truth": French and American Perspectives» [en línea], 2008. Consultabile all'indirizzo: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=russell\\_weaver](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=russell_weaver)). Il caso più noto in materia resta, comunque, quello di David IRVING, che ebbe eco mondiale per il processo per diffamazione che intentò, nel 1998, contro la storica americana Deborah LIPSTADT (e la casa editrice Penguin Books) per lo scritto *Denying the Holocaust*, del 1994, in cui D. IRVING veniva accusato di falsificare gli eventi storici. Il processo si concluse nel 2000, con una pronuncia a sfavore di D. Irving (nel 2001 la sentenza venne confermata in appello), nella quale il Giudice GRAY concluse che l'opera di D. IRVING non poteva essere classificata come storica, ravvisando, invece, un deliberato intento di falsificazione degli avvenimenti storici nella stessa. Al riguardo, *vid.* D. MULVIHILL, «Irving v. Penguin: Historians on Trial and the Determination of Truth under English Libel Law», *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, vol. 11-1, 2001, pp. 217-256; e S. FISCH, «Holocaust Denial and Academic Freedom», *Valparaiso University Law Review*, n. 3-35, 2001, pp. 499-524. Successivamente, nel 2005, D. IRVING venne condannato in Austria per aver «ridicolizzato, minimizzato e negato l'Olocausto», scontando un anno di reclusione e, tuttora, vige un mandato di arresto a suo carico in Francia per infrazione della Legge Gayssot; gli è precluso anche l'ingresso in diversi Paesi, tra cui il Canada, la Nuova Zelanda, la Germania e l'Italia. Vale, infine, ricordare il caso di Ernst ZÜNDEL, condannato, nel 1985, dalla Corte distrettuale dell'Ontario alla pena di quindici mesi di reclusione per aver divulgato le false notizie legate a testi come *The Hitler We Loved and Did six million really Die?*. Il processo, tutta-

Dagli anni Ottanta, fu proprio la Germania a iniziare una lotta sistematica contro le attività propagandistiche collegate a gruppi di matrice neonazista, ricorrendo a fattispecie penali generali<sup>16</sup> per instaurare processi aventi ad oggetto la diffusione di discorsi che negavano o banalizzavano i crimini nazisti<sup>17</sup>, sino ad addivenire, nel 1994, alla previsione del delitto conosciuto come la «menzogna di Auschwitz»<sup>18</sup>. In precedenza, nel 1992, l'Austria aveva dato avvio, ad una riforma della legge dell'8 maggio 1945, sulla proibizione del partito nazista, al fine di punire in modo specifico le posizioni negazioniste verso l'Olocausto<sup>19</sup>; la Francia, nel 1990, prima dell'insorgere di movimenti xenofobi nel Paese, collegati a discorsi negazionisti, aveva incluso tale delitto nella cosiddetta «Legge Gayssot»<sup>20</sup>, disciplinante il reato di negazionismo dei crimini contro l'umanità.

---

via, venne annullato per vizi formali nel gennaio del 1987. In quello stesso anno, in seguito ad un secondo processo a suo carico, venne condannato a nove mesi di prigione, che evitò con il pagamento di una cauzione di diecimila dollari.

<sup>16</sup> In particolare, il riferimento è ai delitti di ingiuria e diffamazione contro singole persone, corpi organizzati o gruppi di persone non organizzati (art. 185 StGB (*Beleidigung*) e art. 186 StGB (*Verleumdung*); di vilipendio alla memoria dei defunti (art. 189 StGB (*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*)); di istigazione/incitamento della popolazione (art. 130 (*Volksverhetzung*)); di apologia di reato (art. 140 StGB (*Billigung von Straftaten*)). Oltre alla risposta penale, sono intervenuti anche altri riscontri contro il delitto di negazionismo, come le azioni civili per diffamazione e risarcimento dei danni morali o i provvedimenti assunti a livello amministrativo a garanzia della sicurezza pubblica e della libertà di associazione e riunione. Per una descrizione dettagliata della legislazione penale in materia di discriminazione razziale e xenofoba nell'ordinamento tedesco, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva Ley de Lucha contra la Criminalidad (Verbrechensbekämpfungsgesetz) de 28 de octubre de 1994», *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, vol. XLIX, fasc. II, 1996, pp. 529-589; W. BRUGGER, «The treatment of hate speech in German Constitutional Law», *German Law Journal*, vol. 4, n. 1, 2003. Consultabile all'indirizzo: [http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol04No01/PDF\\_Vol\\_04\\_No\\_01\\_01-44\\_Public\\_Brugger.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol04No01/PDF_Vol_04_No_01_01-44_Public_Brugger.pdf). e T. J. WEBB, «Verbal poison-criminalizing hate speech: a comparative analysis and a proposal for the American system», *Washburn*, vol. 50, 2011, pp. 445-482. Per una interessante analisi della giurisprudenza tedesca precedente al 1987 e delle riforme legislative intervenute in quel periodo, v. E. STEIN, «History against free speech: The new german law against the Auschwitz –and other- “lies”», *Michigan Law Review*, vol. 85, n. 2, 1986, pp. 277-324.

<sup>17</sup> Uno dei casi che suscitò maggiore scalpore nell'opinione pubblica tedesca fu il caso Deckert, che vide la condanna di un dirigente del partito di estrema destra NPD per aver tenuto una conferenza, insieme all'Ing. Leuchter, sulla presentazione di un rapporto sul negazionismo. Di estremo rilievo fu, altresì, la sentenza del Tribunale federale costituzionale tedesco, del 13 aprile 1994, che ha sostenuto la condanna dei discorsi negazionisti. *Cfr.* 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», *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 6, Novembre-Dicembre 1994, pp. 3390-3400. Più recente, si veda anche la sentenza del Tribunale federale costituzionale tedesco nel 2009 al caso 1 BvR 461/08.

<sup>18</sup> Questo reato fu introdotto, per la prima volta, nell'ordinamento tedesco dalla Legge per la lotta alla criminalità (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*), del 28 ottobre 1994. In particolare, la risposta legislativa al negazionismo fu l'approvazione di una riforma sul delitto di «incitazione della popolazione» (§§ 130 y 131), attraverso la previsione di cui al nuovo comma 3, il cui testo vigente recita: «(3) *Whosoever publicly or in a meeting approves of, defies or downplays an act committed under the rule of National Socialism of the kind indicated in section 6(2) of the Code of International Law, in a manner capable of disturbing the public peace shall be liable to imprisonment of not more than five years or a fine*». In proposito, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana...», *op. cit.*, pp. 577 ss.; J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, pp. 257 ss.; e E. FRONZA, «Profili penalistici...», *op. cit.*, p. 1053.

<sup>19</sup> L'art. 3.h stabilisce che: «*Whosoever working in a printing works, on the radio or in any other media or in any other way publicly attempts to deny, grossly trivialise, approve or justify National Socialist genocide or the other Nazi crimes against humanity is equally punishable under § 3g*». *Vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La regulación penal alemana...», *op. cit.*, pp. 150 ss.

<sup>20</sup> Di orientamento conforme l'art. 24.bis, secondo cui: «*Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 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*». *Vid.*, S. GARIBIAN, «Taking denial seriously: genocide denial and freedom of speech in the french law», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 9, 2008, pp. 479-488; e M. TROPER, «Derecho y negacionismo: La Ley Gayssot y la Constitución», *Anuario de derechos humanos*, n. 2, 2001, pp. 957-984.

Non sono stati, tuttavia, gli unici Paesi a provvedere in materia<sup>21</sup>, nella prospettiva di un orientamento legislativo conforme che, a livello sovranazionale, ha trovato conferma nella Decisione quadro 2008/913/GAI<sup>22</sup>, che impone agli Stati membri la condanna delle condotte ora descritte, anche se ancora ci sono Stati in Europa che non prevedono questo reato di negazionismo<sup>23</sup>. Per utilizzare le parole di FRONZA, si può affermare che il delitto di negazionismo ha seguito un cammino «dal livello nazionale a quello internazionale»<sup>24</sup>, costituendo quest'ultimo l'insieme degli orientamenti espressi in proposito dagli ordinamenti penali nazionali, che contemplan un reato definibile «a geografia variabile»<sup>25</sup>.

Tuttavia, sebbene tali discorsi negazionisti siano espressioni senza dubbio odiose e resti indiscutibili la necessità di preservare la memoria dell'Olocausto, «fondamento dell'identità collettiva»<sup>26</sup> degli Stati Europei, la sanzione penale per essi prevista potrebbe presentare dei profili di illegittimità costituzionale all'interno di un ordinamento libero, fondato sul pluralismo democratico. Problema che si ripropone con forza nell'attuale scenario socio-politico, con riguardo alla diffusione di «nuovi» reati d'opinione<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Si ricordano, in proposito, l'esempio del Belgio, che, nel 1995, introdusse il reato di negazionismo e giustificazione del genocidio nazista; della Spagna, che, nel 1995, contemplò, per la prima volta, il reato di negazionismo riferito a qualsiasi genocidio; della Svizzera, che introdusse il reato di negazionismo nel 1995; il Lussemburgo, che, nel 1997, riformò il Codice penale al fine di condannare le condotte negazioniste e di giustificazione dei crimini di guerra; del Portogallo, che, nel 1995, incluse nel reato di discriminazione anche le espressioni negazioniste; della Polonia, che, nel 1998, con l'approvazione della Legge sull'Istituzione della Memoria nazionale, ha introdotto il reato di negazionismo. Successivamente, questo reato è stato previsto da Cipro, nel 2004, in occasione della ratifica del Protocollo addizionale della Convenzione in materia di Cybercrime; da Malta, nel 2009, in attuazione della Decisione quadro europea; dalla Repubblica ceca, nel periodo tra il 2005 e il 2011, con riguardo esclusivamente al negazionismo sui crimini nazisti e comunisti accaduti durante la II Guerra Mondiale; dalla Repubblica Slovacca, che nel 2011 ha provveduto alla riforma del Codice penale includendovi il reato di negazionismo relativo ai crimini nazisti, comunisti o a qualsiasi altro crimine di tale natura; dall'Ungheria, che, nel 2010, ha punito il negazionismo sui crimini comunisti e nazionalsocialisti; dalla Repubblica della Slovenia, nel 2008, che ha previsto il reato di negazionismo contro qualsiasi crimine di guerra o contro l'umanità; dalla Lettonia, nel 2009, con la riforma della legislazione penale al fine di punire il negazionismo relativo ai crimini contro l'umanità e contro la pace; dalla Lituania, nel 2010, con la previsione del reato di negazionismo sui crimini internazionali e quelli perpetrati dal regime sovietico e nazista; dalla Romania, che, dal 2002, punisce il negazionismo dell'Olocausto e di altri crimini contro l'umanità; dalla Bulgaria, che, nel 2011, ha previsto il reato di negazionismo. Come si può immaginare, Israele fu il primo Paese che, già nel 1986, approvò la «*Denial of Holocaust (prohibition) Law*». Vale segnalare che, di recente, il Perù ha proposto l'adozione di un reato di «negazionismo relativo ai reati di terrorismo» (E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., p. 14).

<sup>22</sup> Previamente vale ricordare l'Azione Comune 96/443/GAI, del 15 gennaio 1996, che promuove la cooperazione giudiziale in materia di lotta al razzismo, prevedendo la condanna delle condotte negazioniste riguardanti l'Olocausto ed altri crimini contro l'umanità, ed escludendo la necessità di una doppia incriminazione per procedere all'estradizione. Lo stesso Consiglio d'Europa ha evidenziato l'esigenza di punire tali condotte nel Protocollo addizionale alla Convenzione in materia di Cybercrime, del 28 gennaio 2003, con particolare riferimento alla commissione di atti a stampo razzista e xenofobo, commessi attraverso i sistemi informatici e già contemplati dalla Commissione europea contro il Razzismo e l'Intolleranza (ECRI). In proposito, vale, altresì, richiamare la Raccomandazione ECRI n. 7, del 13 dicembre 2000, in materia di legislazione nazionale per la lotta al razzismo, e alla discriminazione razziale, e la Raccomandazione ECRI n. 9, del 25 giugno 2004, sulla lotta all'antisemitismo. Un elenco delle Raccomandazioni ECRI in materia è disponibile su: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/compilations\\_en/compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cr07-38.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/compilations_en/compilation%20recommandation%201-10%20espanol%20cr07-38.pdf).

<sup>23</sup> Attualmente continuano a non prevedere il reato di negazionismo, come fattispecie penale autonoma, la Grecia, l'Italia, i Paesi Bassi, il Regno Unito, l'Irlanda, la Danimarca, la Svizzera, la Finlandia e l'Estonia. Ciò nonostante, l'Italia si trova oggi ad includere un tipo che specificamente incrimina il negazionismo (vid. Disegno legge senatore Silvia Amati, di 15 Marzo 2013, «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»). Nemmeno il Canada e gli Stati Uniti prevedono tale reato.

<sup>24</sup> E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., p. 12.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>26</sup> Si v. E. CASTORINA, «Spunti di discussione in tema di "memoria collettiva" nelle democrazie pluraliste», *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013, pp. 1-20. Consultabile all'indirizzo:

[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0408\\_castorina.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0408_castorina.pdf). Questo autore riconosce, in ogni caso, che «La memoria, così intesa, vale a dire quale fondamento di una pspecifica "identità collettiva", consente di comprendere come lo Stato nazionale moderno sia sorto e si sia consolidato intorno all'idea che la "nazione" simboleggiasse la configurazione identitaria del gruppo sociale...», anche se «bisogna avvertire, tuttavia, come gli ordinamenti costituzionali contemporanei mostrano una concezione di "identità collettiva" [...] che non può essere così saldamente legata alla "memoria" come rappresentazione esclusiva della nazione, quando, piuttosto, a un insieme di principi che assicurano alle "memorie" individuali e dei gruppi, pur non maggioritari, un'essenziale convivenza all'interno dell'ordinamento pluralista» (pp. 6-7).

<sup>27</sup> Si riprende la distinzione concettuale-formale elaborata da F. MANTOVANI per i delitti di opinione: «Da tutti gli altri tipi di reati si differenziano, infatti, perché non consistono in un *facere* o in un *non facere*, bensì semplicemente in un *dicere*: in una manifestazione di un pensiero, di una opinione» («I reati di opinione», in *Id, Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, Padua, p. 164). Secondo tale prospettiva, si tratta di una categoria di reati riguardante le condotte che presuppongono la manifestazione di un pensiero o di una idea (o la diffusione di una informazione), con particolare riguardo al conflitto del medesimo con la libertà di espressione. In proposito, secondo l'A., si possono distinguere le seguenti categorie di reati d'opinione: a) delitti offensivi beni come l'onore delle perso-

In tale contesto, il presente contributo intende analizzare la politica di repressione del negazionismo, proponendo l'elaborazione di un delitto in materia compatibile con la libertà di espressione sancita all'interno di un ordinamento aperto<sup>28</sup> e personalista: è costituzionalmente legittimo dare una risposta di carattere penale ad espressioni negazioniste in un «ordinamento aperto»<sup>29</sup>? Risulta «opportuna» questa repressione del negazionismo?

## 2. Libertà costituzionali in «potenziale» esercizio: la dialettica tra il discorso negazionista e le libertà di espressione, ideologica e scientifica. Alla ricerca di un bene giuridico

Con il delitto di negazionismo si persegue una specifica categoria di «affermazioni», ossia quelle espressioni potenzialmente in grado includersi nell'ambito di garanzia delle libertà di manifestazione del pensiero e di informazione, poste in relazione con le libertà ideologica e scientifica. In proposito, vale considerare che, sebbene l'Europa condivida un patrimonio costituzionale comune in materia di protezione dei diritti fondamentali, coesistono sensibilità e *standard* di tutela differenti nel riconoscimento e nella risoluzione dei

---

ne o il ruolo delle istituzioni; b) delitti di apologia e di propaganda; c) delitti di istigazione; d) delitti di pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose; (*ibidem*, pp. 164 e ss.).

<sup>28</sup>P. NUVOLONE con l'espressione «città aperta» intende «una "civitas" il cui ordinamento giuridico è incardinato sul principio della libertà per tutti di manifestare la propria opinione su qualsiasi argomento...»; in conseguenza, l'unico limite alla libertà di espressione si rinviene nel fatto che «a nessuno dev'essere permesso di creare situazioni tali per cui la libertà di ciascuno venga soppressa», escludendosi la protezione di quelle «forme attivizzanti» che mettono in pericolo il carattere aperto dell'ordinamento («Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento», *Legge Penale e Libertà del pensiero*, III Convegno di Diritto Penale, CEDAM, Padova, 1966, p. 353). In senso analogo, sebbene con una precipua attenzione al significato della «clausola politica» (aperta o chiusa) in un ordinamento, si v. la distinzione tra «libertà aperta», «ristretta» o «chiusa», in F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione e tutela dei diritti umani», *Archivio Giuridico*, vol. CLXXV, fasc. 1-2, 1968, pp. 356-395; e «Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi», *Archivio Giuridico*, vol. CLXXIV, fasc. 1-2, 1968, pp. 68-125.

Al riguardo, che un ordinamento sia aperto non vuole dire che la democrazia sia «nichilista» (A. MERLI, *Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, p. 59). Le democrazie europee non hanno mai carattere «neutrale», in quanto al concetto di democrazia si riconducono tutta una serie di valori idonei a renderla possibile e ad attribuire alla stessa un contenuto materiale. Come sostiene M. ROMANO, «Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 2-3, part. 5: «la laicità dello Stato, intesa come neutralità nei confronti delle religioni e delle concezioni del mondo, non implica affatto indifferenza ai valori»; o A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 59: «Naturalmente, pluralismo non significa assenza di valori, e nemmeno totale relativismo: un relativismo estremo che, rifiutando tutti i principi morali, rinuncia virtualmente ad una pretesa di moralità».

Allora, un modello di democrazia aperto e personalista, quale quello della costituzione spagnola ed italiana, non può convivere con l'imposizione di «dogmi» ideologici. Sul carattere personalista della Costituzione italiana, *vid.* C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Giuffrè, Bologna, 1984, pp. 9 ss.; A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21. Commentario della Costituzione*, Zanichelli editore, Bologna, 2006, pp. 37 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, 2ª ed., CEDAM, Padova, 1992, pp. 386 ss.; sulla concezione di ordinamento aperto, in assenza di vincoli ideologici, si v. F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, p. 364; P. NUVOLONE, «Il problema dei limiti della libertà...», *op. cit.*, p. 356. In Spagna, la Corte costituzionale ha affermato con decisione il carattere protetto della democrazia e la sua concezione aperta (SSTC 101/1983, 122/1983, 119/1990, 5/2004, 12/2008, 110/2007, 235/2007 o 12/2008). In dottrina, *cfr.* I. DE OTTO PARDO, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; F. J. DÍAZ REVORIO, *La Constitución como orden abierto*, McGraw Hill, Madrid, 1997 o F. J. BASTIDA FREJEDO, «De las defensas y aperturas de la Constitución», en L. LÓPEZ GUERRA y E. ESPIN (coords.), *La defensa del Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 15-27.

Altri ordinamenti hanno optato per una concezione «semi-aperta» di democrazia, ponendo delle restrizioni alla portata della tolleranza ideologica ammessa. Il primo esempio di ciò è rappresentatao dall'ordinamento tedesco. Si v., in proposito, l'art. art. 18 L.F. RFG, che contempla la «perdita dei diritti fondamentali», tra i quali la «libertà di espressione del pensiero», per coloro che abusano dei medesimi al fine di «combattere l'ordinamento fondamentale democratico e liberale» (P. HÄBERLE, «Germania», E. PALICI DI SUNTI PRAT *et al.* (dir), *Le Costituzioni dei paesi dell'Unione Europea*, 2ª ed, CEDAM, Padova, 2001, pp. 321-387, p. 341). Sulla nozione di democrazia in Germania, *vid.* N. G. FOSTER y S. SULE, *German Legal System & Laws*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2002. Può considerarsi un modello semi-aperto anche quello proposto dalla CEDU o, più di recente, dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, come si evince dalle clausole sull'abuso del diritto contenute nell'art. 17 CEDU e nell'art. 54 CDFUE.

Come sostiene A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 122): «Ciò che fa la differenza (permettendo di distinguere un ordinamento aperto da uno semiaperto o da uno chiuso) – e passiamo così al secondo termine del rapporto – non è dunque l'esistenza o meno di valori fondanti (sotto questo profilo non rinvenendosi appunto apprezzabili differenze fra regimi liberaldemocratici e regimi autoritari), ma la misura – questa, sì, non uniforme – in cui quei valori vengono opposti come limite alla libertà di opinione (valore fondante nei soli regimi liberaldemocratici) e fatti oggetto quindi di tutela anticipata».

<sup>29</sup> Si tratta di un quesito fondamentale, in quanto, come afferma F. MANTOVANI, «la risposta al problema della legittimità dei reati di opinione viene a dipendere dai diversi modi in cui la libertà di manifestazione viene concepita. E in radice, come viene autorevolmente insegnato: dai diversi tipi di ordinamenti statuali in cui tali enunciazioni si trovano ad operare» («I reati di opinione», *op. cit.*, p. 165).

conflitti concernenti i medesimi. Tali diversità risultano particolarmente evidenti nelle pronunce delle Corti costituzionali e sovranazionali aventi ad oggetto discorsi di carattere negazionista<sup>30</sup>.

Considerando le differenti sensibilità manifestate dagli ordinamenti europei nella tutela di tali libertà, ci si propone, dunque, di approfondire in che modo esse entrano in gioco a proposito del delitto di negazionismo, esaminando, in particolare, le regole che consentono di tracciare una distinzione tra il discorso meritevole di tutela costituzionale e ciò che, invece, è vietato. I piani d'indagine saranno due: in primo luogo, si valuterà se il discorso negazionista possa rientrare nell'ambito di quello che è considerato il contenuto *prima facie* delle libertà fondamentali; in secondo luogo, verrà considerato come sono stati affrontati i conflitti tra tali libertà e i beni giuridici costituzionalmente protetti e potenzialmente lesi dal discorso negazionista. Si esporranno, quindi, alcune ulteriori riflessioni in tema di libertà scientifica. Non si valuterà in questa sede la concreta legittimità costituzionale dell'intervento penale, come elemento aggiuntivo rispetto alla proscrizione costituzionale che non tutela un discorso negazionista. In altre parole, mentre può essere legittimo il divieto di garantire una protezione costituzionale ad una determinata tipologia di affermazioni, può non essere legittima la sanzione penale che segue alle medesime. Quest'ultimo aspetto, direttamente connesso alla tipica visione della proscrizione costituzionale come un *prius* rispetto al legittimo esercizio dell'intervento penale, verrà accennato nei paragrafi che seguono.

## **2.1. Delimitazione prima facie della libertà di espressione dinanzi al discorso negazionista**

Per affrontare in che misura un discorso negazionista possa essere ricompreso *prima facie* nell'ambito della protezione garantita alla libertà di espressione si farà riferimento ad una delimitazione «interna» della libertà, considerando, altresì, le riflessioni sulla possibilità di applicare a tali discorsi le clausole relative al cosiddetto «abuso del diritto», riconosciute da alcuni ordinamenti europei<sup>31</sup>. Le conseguenze dell'inclusione del discorso negazionista nel contenuto della libertà di espressione – rafforzata, nel caso specifico, dal riferimento alle libertà ideologica e scientifica – sono notevoli<sup>32</sup>.

In proposito, vale richiamare sin d'ora l'estrema forza con cui si è pronunciata la Corte EDU rispetto al negazionismo dell'Olocausto, privato *de plano* di un regime di protezione mediante l'applicazione dell'art. 17 CEDU<sup>33</sup>. Il «negazionismo dell'Olocausto» implica, a giudizio della Corte, un discorso «*ratione materiae*» incompatibile con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>34</sup>. La Corte ha manifestato, d'altra parte, una

<sup>30</sup> In particolare, si ricordano le sentt. Cort. EDU *Lehideux y Isorni c./Francia* (1998), *Hans Jürgen Witzsch c./Alemania* (1999), *Hans Jorg Schimaneck c./Austria* (2000), *Roger Garaudy c./Francia* (2003), *Chauvy e altri c./Francia* (2004), *Orban e altri c./Francia* (2009) e *Bruno Gollnisch c./Francia* (2011); *Perinçek c./ Svizzera* (2013); Commissione EDU dec. X c./ *Repubblica federale tedesca*, (1982), T. c./ *Belgio* (1983), *BH., M.W., H.P. e G.K. c/Austria* (1989), *Walter Oehensberger c./Austria* (1994), *Otto E.F.A Remer c./Germania* (1995), *Gerd Honsik c./Austria* (1995), *Nationaldemokratische Partei Deutschlands c./Germania* (1995), *Marais c./ Francia* (1996), *Irving c./Germania* (1996) e *Heerwig Nachtmann c./Austria* (1994). Tra le pronunce delle Corti costituzionali, si ricordano le sentenze: del Tribunale federale tedesco del 13 aprile 1994 (*BVerfGE* 90, 241-255); della Corte di Arbitrato belga del 12 luglio 1996; la sentenza della Corte costituzionale spagnola n. 235/2007 e la Decisione del Consiglio costituzionale francese n° 2012-647 del 28 febbraio 2012. Vale, altresì, ricordare la sentenza della Corte Suprema del Canada sul caso R. v. Zundel [1992] 2 S.C.R. 731.

<sup>31</sup> In proposito, *vid.* quanto affermato nella nota precedente.

<sup>32</sup> In primo luogo, per poter escludere la protezione costituzionale in capo ad un discorso negazionista, è necessario verificare che leda effettivamente dei diritti o dei beni di rilievo costituzionale. Pertanto, la previsione di un limite sarà il risultato di un bilanciamento operato dal legislatore in base alla capacità offensiva del discorso negazionista di fronte a beni costituzionali idonei a fondare un limite alla libertà di espressione (in quanto non tutti i beni costituzionali possono essere riconosciuti come limite esterno a tale libertà). Nel momento in cui tali manifestazioni ricadano nel diritto alla libertà di espressione, le misure poste a garanzia dello stesso dovranno, comunque, confrontarsi con quelle che sono le garanzie proprie di un «sistema di protezione dei diritti fondamentali» (in particolare, con il giudizio di «proporzionalità» e altri «limiti ai limiti», quali la riserva di legge, il rispetto del nucleo essenziale dei diritti, etc.). In ogni caso, aspetto di non scarso rilievo, il «discorso negazionista» manterrà la protezione data dalle «riserve di giurisdizione» tipiche dei meccanismi di garanzia legati alla libertà di espressione, come il divieto del sequestro delle pubblicazioni o di una «censura previa». In tale contesto, vale sempre ricordare che la fissazione di un limite all'esercizio della libertà di espressione richiede sempre degli stringenti requisiti di «chiarezza» e «tassatività». Infine, non può trascurarsi che, essendo coinvolte le libertà ideologica o scientifica, il discorso negazionista può interessare direttamente i beni posti a fondamento di tali manifestazioni negazioniste, con una diretta incidenza sul processo di bilanciamento, prima richiamato, applicabile a tali ipotesi.

<sup>33</sup> Si mantiene, in tal modo, salda l'adesione ad una concezione della libertà di espressione che ne preclude un utilizzo illimitato da parte di coloro che pretendono di abusarne. Come sottolinea CUCCIA: «Non possono, quindi, godere del beneficio della libertà di espressione coloro che ne fanno un uso distorto, in quanto il fine di tale libertà si colloca nell'alveo di favorire la pacifica coesistenza dei differenti gruppi esistenti nella società, per cui «aggregare» il diverso, attraverso dichiarazioni scritte o verbali, è in antitesi rispetto ai valori espressi nella Convenzione Europea». (V. CUCCIA, «Libertà di espressione e negazionismo», *Rassegna Parlamentare*, fasc. 4, 2007, p. 865).

<sup>34</sup> Vale ricordare quanto affermato dalla Corte EDU, dec. 24/06/2003, *Roger Garaudy c./Francia*: «There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth. The aim and the result of that approach are completely different, the real purpose being

posizione non così severa in relazione ad altre tipologie di discorsi, come il cosiddetto «discorso dell'odio»<sup>35</sup>, ovvero dinanzi a casi connessi a posizioni di revisionismo su taluni aspetti della Seconda Guerra mondiale che non riguardano direttamente i crimini nazisti<sup>36</sup>, o casi di negazionismo di altri genocidi<sup>37</sup>. Si tratta d'ipotesi in cui la Corte ha fatto ricorso al tradizionale *test* di Strasburgo, al fine di verificare l'adequatezza delle misure restrittive delle libertà coinvolte<sup>38</sup>.

In senso analogo, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha escluso dal nucleo interno della libertà di espressione il discorso negazionista sull'Olocausto, seppure vincolando lo stesso all'assenza dell'elemento della veridicità<sup>39</sup>. La Corte costituzionale tedesca ha preferito una distinzione tra le espressioni propriamente negazioniste dell'Olocausto – che verrebbero in ogni caso ad essere private della protezione costituzionale, in quanto «affermazione di un fatto dimostrato come falso» – e le affermazioni «sulla colpa e sulla responsabilità degli eventi storici», che, in quanto giudizi di carattere complesso, non riconducibili alla semplice affermazione di un fatto, potrebbero rientrare nell'ambito di protezione della libertà di espressione<sup>40</sup>.

Tali orientamenti non sembrano riconducibili ad un modello costituzionale aperto, come quello spagnolo o quello italiano, che non consente di escludere automaticamente dall'ambito di protezione costituzionale la manifestazione di una opinione valutandone immediatamente il contenuto o le finalità sottese<sup>41</sup>. Precisamente la «città aperta» è quella che si caratterizza perché chiunque può esercitare la libertà di «manifestare la propria opinione su qualsiasi argomento»<sup>42</sup>, quella che «senza discriminazioni tra “verità” o “non ve-

---

*to rehabilitate the National-Socialist regime and, as a consequence, accuse the victims themselves of falsifying history. Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them. The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Their proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention».*

<sup>35</sup> Ad esempio, *vid.* Sent. Corte EDU 23/12/2003, *Jersild c./Danimarca*, § 30 e sent. 16/07/2009, *Féret c./Belgio*, § 72. Invece si ha applicato questa esclusione *ratione materiae* per certi discorsi omofobi, razzisti o islamofobici (*vid.* Dec. Corte EDU 23/10/2012, *Molnar c./Rumania*; 20/02/2007, *P. Ivanov c./Russia*; e 16/11/2004, *M. A. Norwood c./Regno Unito*).

<sup>36</sup> La Corte EDU ha dovuto individuare e circoscrivere apoditticamente quei casi di revisionismo sugli accadimenti della Seconda Guerra mondiale che potevano ricondursi nell'ambito del legittimo dibattito storiografico (*Lehideux y Isorni c./Francia* (1998); *Chauvy y otros c./Francia* (2004); y *Monnat c./Svizzera*), e ha ammesso il negazionismo di altri crimini (*Perinçek c./ Svizzera* (2013)) o di giustificazione di crimini passati (*Orban e altri c./Francia* (2009)), invocando uno sforzo da parte delle società per affrontare il passato attraverso un dibattito aperto e sereno. Invece, con eguale decisione, la Corte EDU non ha ammesso alcuna forma di dibattito sul negazionismo dei crimini nazisti, da considerarsi come assunto storico su cui non può aprirsi alcun dibattito ed alcuna ricerca di una differente rappresentazione (*Hans Jürgen Witzsch c./Germania* (1999), *Hans Jorg Schimanek c./Austria* (2000), *Roger Garaudy c./Francia* (2003)). In questi ultimi casi, la Corte europea pare eccedere nel giudizio quando, oltre a non ammettere alcuna prova contraria sull'Olocausto, respingendo, in conseguenza, ogni tesi a favore di una riconducibilità delle pubblicazioni negazioniste alla libertà scientifica, arriva a stabilire circa le manifestazioni negazioniste, che «*the real purpose being to rehabilitate the National-Socialist regime*» (*Roger Garaudy c./Francia* (2003)), richiamando l'applicazione della clausola sull'abuso del diritto. È, d'altra parte, necessario considerare che il reato di negazionismo non si riferisce solamente ai crimini nazisti e, pertanto, possono esservi casi in cui non sono nettamente distinguibili i confini tra il revisionismo storico ed il negazionismo nel senso sopra descritto. Un esempio, in proposito, è dato dalle opere di carattere revisionista sul franchismo o sul fenomeno dei *gulag* sovietici.

<sup>37</sup> STEDH (Sezione 2ª) del 17 dicembre 2013, caso *Perinçek c. Svizzera*

<sup>38</sup> La Commissione, dalla decisione *BH., M.W., H.P. e G.K. c./Austria* (1989), ha costantemente richiamato l'art. 17 CEDU, non al fine di escludere *de plano* una forma di protezione, quanto, piuttosto, per procedere ad una valutazione minima sulle misure restrittive applicabili («*minimalist degree of scrutiny*»). Sulla differente valutazione circa le manifestazioni negazioniste compiuta dalla Commissione e dalla Corte EDU, *vid.* L. PECH, «The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-Wide Criminal Prohibition», *Jean Monnet Working Paper*, 10/2009, pp. 26-39. Consultabile all'indirizzo: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/091001.html>; e R. ALCÁCER GUIRAO, «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 97, 2013, pp. 309-441. Per una analisi generale sulla giurisprudenza e sulle tecniche argomentative in materia, *vid.* C. CARUSO, «Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo», in L. MEZZETTI Y A. MORRONE, *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, G. Giappichelli, Torino, 2011, pp. 339-352.

<sup>39</sup> *BVerfGE* 90, 241-255. Si veda anche, 1BvR 461/08, 9/11/2011, § 1-30.

<sup>40</sup> «L'espressione proibita, che gli ebrei non siano mai stati perseguitati nel Terzo Reich, costituisce l'asserzione di un fatto dimostrato falso da innumerevoli narrazioni di testimoni oculari e da documenti, dagli accertamenti giudiziari di numerosi processi penali e dalle cognizioni della scienza storica. Un'affermazione di tale contenuto, in sé considerata, non gode della tutela della libertà di opinione. [...] Le affermazioni su colpe e responsabilità per evento storici costituiscono sempre giudizi complessi, che non si possono ridurre a asserzioni di un fatto, mentre la negazione dello stesso evento avrà regolarmente il carattere di asserzione di un fatto» (*BVerfGE* 90, 241-255, M. C. VITUCCI, «Olocausto, capacità di incorporazione...», *op. cit.*, p. 3386).

<sup>41</sup> Riprendendo le parole della Corte costituzionale spagnola, «nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional» (STC 235/2007, FJ. 4º). Sul punto v. nota precedente.

<sup>42</sup> P. NUVOLONE, «Il problema dei limiti della libertà...», *op. cit.*, p. 353.



rità” ufficiali o di Stato” [...] non tollera limiti logici di ordine ideologico»<sup>43</sup>, di modo che, almeno *prima facie*, il carattere «odioso» o la «finalità» del discorso negazionista, contrari ai valori essenziali delle nostre società, non potrebbe in alcun modo giustificare la privazione della protezione costituzionale. Problema distinto è se, come ha sostenuto la Corte costituzionale tedesca, il negazionismo di taluni crimini sia un’affermazione «di fatto» suscettibile di essere sottoposto ad una prova di «veridicità» e, in conseguenza, ad una eventuale esclusione dall’ambito di protezione, se la veridicità viene assunta come limite interno alla libertà di espressione<sup>44</sup>.

In proposito, particolare rilievo assume la posizione della Corte costituzionale spagnola che, facendo specifico riferimento al delitto di negazionismo, ha seguito un cammino diverso da quello tracciato dalla Corte tedesca. Secondo il Tribunale Costituzionale spagnolo, il discorso negazionista, incluso il «negazionismo dell’Olocausto», rientrerebbe nel contenuto della libertà di espressione qualora venisse considerato non come una manifestazione di «accadimenti» in senso stretto, bensì come «un insieme di opinioni soggettive riguardanti gli eventi storici»<sup>45</sup>. In tal modo, «le affermazioni, i dubbi o le opinioni circa la condotta dei nazisti verso gli ebrei nei campi di concentramento, per quanto riprovevoli o travisate siano – e, in realtà, lo sono nel momento in cui negano l’evidenza storica – trovano copertura nel diritto alla libertà di espressione (art. 20, comma 1, Cost. spagnola), posto in relazione con il diritto alla libertà ideologica (art. 16, Cost. spagnola)»<sup>46</sup>. Sarebbe interessante valutare la posizione che potrebbe assumere, in proposito, la Corte costituzionale italiana, sebbene ritengo questionabile che la veridicità – ed ancor meno la «verità della Storia» – possa rappresentare un limite interno alla libertà di espressione<sup>47</sup>. A maggior ragione se si considera che, nel caso di specie, non si tratta tanto di acclarare la verità obiettiva di alcuni fatti concreti, quanto, piuttosto, di calarsi nel contesto di una complessa ricostruzione storiografica<sup>48</sup>, che, almeno inizialmente, rientra nella spazio riservato alla protezione della libertà di espressione. E nemmeno pare possibile presumere che ogni negazionista abbia coscienza di essere, ai sensi di legge, mendace (veridicità in senso soggettivo).

Anche le Corti costituzionali di altri Paesi hanno valutato tali problematiche senza escludere a priori la definizione di un grado di protezione della libertà fondamentale in ragione di una delimitazione interna alla libertà stessa ossia della presenza di un generico abuso del diritto<sup>49</sup>. E lo stesso Comitato dei Diritti Umani

<sup>43</sup>F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, p. 363.

<sup>44</sup>In Spagna la «veridicità» costituisca un limite interno alla libertà di informazione dispo espressamente dalla Costituzione. In Italia, sebbene la Costituzione non lo riconosca espressamente, parte della dottrina discute sulla possibilità di considerare, in senso analogo, tale limite. Per una visione generale sulla nozione di veridicità oggettiva e soggettiva come limite alla libertà di manifestazione del pensiero, *vid. C. ESPOSITO, La libertà di manifestazione... op. cit.*, 36 ss.; A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione... op. cit.*, pp. 88 ss.; M. MANETTI, «La libertà di manifestazione del pensiero», in P. RIDOLA y R. NANIA, *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Turin, 2001, p. 574; secondo F. MANTOVANI, «Mezzi di diffusione...», *op. cit.*, pp. 24-25 e *Id.*, «Diritto alla riservatezza...», *op. cit.*, pp. 82 ss., un limite logico può essere costituito dalla verità storica dei fatti narrati, non dalla verità ideologica; in senso contrario, v. P. BARI-LE, *Diritti dell’uomo... op. cit.*, p. 17 e 35 ss.

<sup>45</sup>*Vid. STC 214/1991, FJ. 8º e STC 235/2007, FJ. 4º.*

<sup>46</sup>In tal senso, *vid. STC 214/1991, FJ. 8º, STC 235/2007, FJ. 4º.*

<sup>47</sup>Come spiega M. MALENA, «Il caso Irving: libertà di pensiero o mistificazione della realtà?», *Quaderni costituzionali*, a. XXVI, n. 1, 2006, p. 119: «L’ampia tutela della libertà di espressione non ammette l’esistenza di un dovere di verità: è questa la scelta della nostra Costituzione, che con l’articolo 21 protegge anche la “mistificazione” della realtà». Sul punto, *cf.*, tra gli altri, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 133; J. LUTHER, «El antinegacionismo...», *op. cit.*, p. 286, che richiama, quantomeno, la necessità della prova sul dolo relativo alla falsificazione soggettiva. Tra gli autori più inclini ad escludere la protezione delle espressioni negazioniste in ragione della falsificazione dei fatti ad esse propria è D. BIFULCO, *Negare l’evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, FrancoAngeli, Milano, 2012, secondo cui: «forse è eccessivo pretendere che uno stato costituzionale si basi su un dovere di verità. Ma, seguendo l’argomentazione del giudice delle leggi tedesco, non si può non pensare che esso muova, almeno, da un rifiuto della menzogna storica» (*ibidem*, p. 102). Nello stesso senso, *vid. P. WACHSMANN, «Libertà di espressione e negazionismo», Rigion Practica*, n. 12, 1999, pp. 57-69.

<sup>48</sup>In proposito, *vid. M. MANETTI, «Libertà di pensiero e negazionismo», op. cit.*, p. 48.

<sup>49</sup>Al di fuori del contesto europeo, un modello costituzionale aperto, seppure non così radicalmente affermato come quello americano, è richiamato dalla sentenza *R. v. Zundel* (Regina v. Zundel, [1992] S.C.R. 731) della Corte Suprema del Canada, che, chiamata a giudicare un caso di negazionismo collegato alla pubblicazione di notizie false, concludeva che la veridicità non può costituire un criterio adeguato per negare *prima facie* la protezione costituzionale. Assumere la veridicità come criterio di giudizio, richiede, anzitutto, la capacità di stabilire il significato del messaggio oggetto dell’espressione negazionista, potendo esso mutare secondo il destinatario; in secondo luogo, anche se fosse possibile determinare ogni possibile significato riguardante quel messaggio, resterebbe da stabilire se l’espressione negazionista in sé sia vera o falsa, cosa che, dinanzi a determinati fenomeni sociali e politici, potrebbe non essere semplice. D’altra parte, nel caso venisse accertato che una affermazione risulta falsa, deve, comunque, essere valutato se essa possa o meno godere di tutela costituzionale.

Una posizione meno assertiva nel disconoscere una possibile protezione dei discorsi negazionisti si rinviene nella sent. Della Corte di Arbitrato belga del 12 giugno 1996 e, seppure indirettamente, nella Decisión nº 2012-647 DC 28/02/2012 del Consiglio costituzionale francese. In Ungheria, vista le sentt. della Corte costituzionale 30/1992, di 26 maggio e 18/2004, di 25 maggio, pare potersi affermare che le espressioni negazioniste vengano ricondotte *prima facie* alla protezione della libertà di espressione.

dell'ONU si ha pronunciato in forma molto critica contro questa legislazione e ha affermato la protezione costituzionale, al meno *prima facie*, dei discorsi negazionisti<sup>50</sup>.

**2.2. La protezione attribuibile al discorso negazionista nel conflitto con altri beni o valori costituzionali. Una proposta di bene giuridico nell'ambito di un ordinamento aperto e personalista**

Costatato che il discorso negazionista può rientrare, *prima facie*, nell'ambito di protezione della libertà di espressione – intesa in senso ampio, perlomeno negli ordinamenti di carattere «aperto» – vale ora considerare i beni costituzionali con i quali tale libertà possa essere bilanciata. In particolare, i valori lesi dallo specifico discorso, vengono valutati in quanto limiti legittimi alla libertà di espressione, al fine di elaborare una nozione di bene giuridico in grado di giustificare la restrizione penale dei discorsi di natura negazionista<sup>51</sup>.

La maggior parte dei Paesi hanno scelto di porre a fondamento delle restrizioni al discorso negazionista quelli che sono definibili come beni giuridici «sovraindividuali», quali l'ordine pubblico, la pace comune, un generale clima di tranquillità sociale o la dignità umana in senso collettivo, ovvero altri beni, tipicamente invocati nelle ipotesi di delitti contro la Comunità internazionale, come il «diritto all'esistenza» di taluni gruppi sociali<sup>52</sup>.

Tuttavia, fino a che punto, in un ordinamento aperto, tali beni possono essere invocati come limiti alla libertà di espressione? Si ritiene che, in ordinamenti aperti e a vocazione personalista, beni quali l'ordine pubblico (ed analoghi) non possano costituire dei limiti alla libertà di espressione se considerati nella loro accezione «ideale»<sup>53</sup>. La pura contraddizione «formale» dell'«ordine pubblico», come concetto normativo

<sup>50</sup> Si veda, HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, Concluding observation, Hungary*, CCPR/C/HUN/CO/5, 16/11/2010: «The Committee is concerned that the evolution of the so-called "memory laws" in the State party risks criminalizing a wide range of views on the understanding of the post-World War II history of the State party. (arts. 19 and 20)»; o HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment N. 34, Art. 19: Freedom of opinion and expression*, International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/GC/34, 12/09/2011: «Laws that penalize the expression of opinions about historical facts are incompatible with the obligations that the Covenant imposes on States parties in relation to the respect for freedom of opinion and expression. The Covenant does not permit general prohibition of expressions of an erroneous opinion or an incorrect interpretation of past events. Restrictions on the right of freedom of opinion should never be imposed and, with regard to freedom of expression, they should not go beyond what is permitted in paragraph 3 or required under article 20.»

<sup>51</sup> Secondo E. FRONZA: «Nel caso del negazionismo, campo ideologicamente pregnante e dove la risposta emotiva ed irrazionale rischia di prevalere, sembra difficile scorgere un determinato bene/interesse/valore giuridico, autonomo dagli scopi generali della tutela penale» (E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., p. 137). Lo stesso A. aggiunge che: «numerosi [sono le] difficoltà sia in riferimento alla problematica individuazione del bene giuridico protetto sia alla tecnica di tutela ad esso adeguata, che deve essere opportuna da un punto di vista politico-criminale e legittima costituzionalmente» («Profili penalistici...», op. cit., p. 1038).

<sup>52</sup> In proposito, paradigmatica è la legislazione tedesca, che, ai fini della punibilità delle condotte negazioniste, richiede che esse turbino la «pace pubblica», riconosciuta dalla maggior parte della dottrina come bene giuridico, come accade per i reati di «incitamento della popolazione»; la violazione della «dignità umana» viene, comunque, sempre posta alla base del delitto di negazionismo. In Spagna, la dottrina e la giurisprudenza hanno avviato un dibattito sulla dignità umana come unico elemento fondante il delitto di negazionismo, anche se, riconoscendo la dimensione collettiva e sovraindividuale di tale bene, esso avrebbe una portata diffusa, riconducibile anche ad altri beni quali l'ordine pubblico, la pace pubblica o i beni collegati ad un generale «clima di ostilità» o alla dignità umana in senso sovraindividuale (STC 235/2007 e STS 259/2011). In Italia, seppure non sia previsto il reato di negazionismo, la più recente giurisprudenza e parte della dottrina riconducono la *ratio* dei reati connessi alla legislazione anti-razzista alla dignità umana, seppure intesa nella sua accezione superindividuale (Sent. Cass., sez. III, 13/12/2007, n. 13234). Di notevole interesse risulta il riferimento all'ordinamento francese, in cui, sebbene la attuale giurisprudenza sia conforme nel collegare il reato di negazionismo al bene giuridico della dignità umana, è in corso un dibattito sull'opportunità di considerare il bene giuridico della «verità storica», così come sull'ipotesi di punire solamente i delitti in materia su cui sia intervenuta sentenza giudiziale (S. GARIBIAN, «Derecho, Historia, memoria...», op. cit., *passim*). La giurisprudenza della Corte EDU e della Commissione non acclara quale sia il bene giuridico oggetto di tutela nei delitti di negazionismo, in quanto, dinanzi a giudizi in materia, le condanne sono sempre state giustificate per ragioni di «sicurezza e integrità territoriale», di «prevenzione del reato e di atti di disordine», o di «protezione della reputazione e dei diritti degli altri». Sul punto, si v. Hans-Jürgen Witzsch c. Germania (1999); Hans Jorg Schimanek c. Austria (2000) y Roger Garaudy c. Francia (2003); Perinçek c. Svizzera (2013).

<sup>53</sup> Sugli orientamenti critici alla considerazione dell'ordine pubblico come bene giuridico connesso ai reati di opinione, *vid. C. FIORE, I reati di opinione*, CEDAM, Padova, 1972, p. 111 e p. 167; *Id.*, I reati di opinione», in S. MOCCIA (dir.), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli/Roma, 2002, pp. 13-27; *Id.*, «Libertà d'espressione politica e reati d'opinione», *Politica del Diritto*, n. 1, 1979, pp. 486-506; G. ZUCCALÀ, «Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero», *Legge Penale e Libertà del pensiero*. III° Convegno di Diritto Penale, CEDAM, Padova, 1966, pp. 79-104; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Milano, 1988; *Id.*, «Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi», *Digesto delle Discipline Penali*, 4ª Ed., Vol. VII., UTET, Roma, 2005, pp. 292-302; *Id.*, «Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico», Sentenza Corte Costituzionale, 5/04/1974, n. 108, *Archivio Penale*, vol. XXXII, part. II, pp. 3-17; A. PACE e M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...», op. cit.*, p. 226; P. BARILE, *Diritti dell'uomo...», op. cit.*, p. 221; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, op. cit., *passim*; G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubbli-

anche se inteso come «ordine pubblico costituzionale», non giustifica il divieto costituzionale della manifestazione di un'opinione.<sup>54</sup> La nozione di «ordine pubblico» può, invero, essere considerata anche nella sua dimensione materiale, che, a sua volta, può essere vista secondo una prospettiva oggettiva ovvero soggettiva. In proposito, rilevante dottrina ha analizzato come l'ordine pubblico possa essere ammesso come limite alla libertà di espressione se considerato nel suo significato oggettivo, in quanto alterazione della sicurezza pubblica, collegata ad episodi di disordine pubblico; mentre non pare opportuno considerare, a tal fine, una accezione soggettiva di ordine pubblico, che configura il medesimo come un generale sentimento di «pubblica tranquillità»<sup>55</sup>.

Ad avviso di chi scrive, beni come l'ordine pubblico non presentano mai un carattere «neutro», dal momento che, comunque, si caratterizzano per una forte connotazione politica<sup>56</sup>. Inoltre, nemmeno nel loro significato materiale e oggettivo, possono essere sufficientemente circoscritti ad un unico bene giuridico, essendo piuttosto identificabili in un insieme di beni che recano un pericoloso potenziale espansivo illiberale<sup>57</sup>. Ciò non significa che l'istigazione alla commissione di delitti od altri atti illeciti non possa essere punita, quanto, piuttosto, che una restrizione dei discorsi negazionisti si giustifica nel momento in cui essi costituiscono l'antecedente idoneo alla violazione dei concreti beni giuridici protetti dalla norma penale<sup>58</sup>.

---

co», in AA.VV., *Diritto Penale. Lineamenti di Parte Speciale*, 5ª ed., Monduzzi Editore, Bologna, 2009, pp. 251-309; L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 155; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004; J. MIRA BENAVENT, «El caso del diario "Egin": comentario a la sentencia del TC de 12 de diciembre de 198», *ADPCP*, 1987, pp. 505-528; M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología», *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, n. 1757, de 5 de octubre de 1995, pp. 87-116; J. A. BELLOCH JULBE, «Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de información terrorismo: la "apología" del terrorismo», en *Estudios jurídicos en honor de José Galdón López*, Trivium, Madrid, 1990, pp. 17-38.

<sup>54</sup>In questo senso ritengo criticabile la posizione della Corte Costituzionale italiana che ha ammesso l'«ordine pubblico» come limite alla libertà di espressione definendolo come una sorte di «ordine pubblico costituzionale» (così, sent. Cort. Cost. 19/1962). Critica di questa giurisprudenza, G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 253: «Ancora ideale quindi, come tale concettualmente manipolabile a seconda di contingenti esigenze repressive, fino a colpire il mero dissenso politico-ideologico». Ancora, *vid. osservazioni di PACE in Giur. Cost.*, 1971, II, p. 1781; o P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>55</sup>In particolare, si v. G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 291 ss., ove l'A. riconduce il concetto di «sicurezza pubblica» alla nozione di «incolumità pubblica». Dello stesso A., *vid.*, altresì, G. DE VERO, «Istigazione, libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 12, ove si conclude per la compatibilità «con il quadro costituzionale della tutela penale dell'ordine pubblico, purché l'accezione materiale del concetto sia coerentemente sviluppata nel senso della risoluzione del pregiudizio della pace sociale nella prospettiva della commissione di fatti di reato, e della riduzione del profilo psicologico dell'insicurezza a riflesso mediato di una situazione oggettiva di turbamento». G. INSOLERA sostiene che «un concetto di ordine pubblico che prescindere da specifiche, ed empiricamente apprezzabili, esigenze di pubblica incolumità, sicurezza, salute e tranquillità, non è rinvenibile tra i valori sanciti dalla nostra Costituzione, né può essere oggetto di tutela in sede penale» («I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 253). E A. PACE afferma come «in un ordinamento liberal-democratico, il concetto, il concetto di ordine pubblico, rilevi esso o non rilevi a livello di legislazione costituzionale, va invece giocoforza ridotto al mero ordine materiale di cui la sicurezza pubblica rappresenta lo stato soggettivo» (in *Giur. Cost.*, 1971, II, p. 1783); dello stesso A., si v., altresì *Problematica delle libertà costituzionali...*, *op. cit.* p. 412. In senso analogo, F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.* pp. 264 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 297; M. MANETTI, «La libertà di manifestazione del pensiero», *op. cit.*, p. 568, in cui il concetto di ordine pubblico viene configurato non secondo una accezione ideale, bensì in senso materiale ed empirico.

<sup>56</sup>Secondo P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, *op. cit.*, p. 122, si tratta di «un concetto politico, il che provoca tutte le incertezze». C. FIORE, criticando l'orientamento della Corte Costituzionale sull'imposizione di tali limiti alla libertà di espressione, afferma che vi sono «limiti che non troviamo menzionati nella Costituzione: l'ordine pubblico, il prestigio delle istituzioni, ecc., dimenticando che non si tratta di concetti ideologicamente neutri, come fede pubblica o pubblica incolumità. Sono, al contrario, concetti che passano attraverso una mediazione ideologica, che hanno un senso in quanto esprimono posizione ideologiche. Queste, però, per definizione nelle democrazie possono e devono essere potenzialmente conflittuali, cioè trovarsi in conflitto con altre posizioni» («I reati di opinione», *op. cit.*, p. 26). *Vid.* anche, C. FIORE, *I reati di opinione*, *op. cit.*, p. 167; DELITALA, Giacomo: «I limiti giuridici alla libertà di stampa», *Diritto penale. Raccolta degli scritti*. Tomo II. Milano: Giuffrè, 1976, p. 964; e G. INSOLERA, «I delitti contro l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 255 ss.

<sup>57</sup>C. ESPOSITO si mostra assolutamente critico nei confronti della Corte Costituzionale in relazione al riconoscimento dell'ordine pubblico come limite all'art. 21 Cost., in quanto, «non tanto non consente, quanto esclude che quell'ordine possa giustificare limiti a questa libertà», ponendosi «in sostanziale contrasto con i presupposti e con le ragioni ideali del riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero» («La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», Sent. Cort. Cost. (8 marzo) 16 marzo 1962, n. 19, *Giur. Cost.*, 1962, I, p. 196; e dello stesso A. *vid.*, *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 48 ss.). In ogni caso, l'A. riconosce che, seppure non possa riconoscersi l'ordine pubblico come un limite a cui la libertà di espressione sia assoggettabile, tuttavia, ciò non impedisce che «tale ordine non possa mai giustificare concrete e singole limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero» («La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», *op. cit.*, p. 197 e *La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 49). P. BARILE afferma che risulta «del tutto inammissibile, in particolare l'assurdo limite, ripudiato dalla Costituzione in modo espresso a causa della sua troppo ampia discrezionalità, dell'ordine pubblico» («La libertà di espressione del pensiero...», *op. cit.*, p. 861). *Vid.*, altresì, G. ZUCCALÀ, «Personalità dello Stato...», *op. cit.*, pp. 101 y ss.

<sup>58</sup>C. FIORE considera come possano essere sanzionate quelle forme di istigazione che «il contesto specifico della manifestazione del pensiero incriminata permetta di configurare come antecedente causale immediato di una azione costituente reato», e ciò, secondo una visione piuttosto stringente, «dovrebbe essere tale da consentire, nell'ipotesi in cui l'azione delittuosa realmente si verifichi, l'incriminazione dell'istigatore, come concorrente nel reato, ex art. 110 c.p.» («Libertà di manifestazione del pensiero e reati di isti-

In tal senso, si ritiene che «*l'istigazione al delitto*» rappresentino dei limiti sempre applicabili alla libertà di espressione, in base al quale il discorso negazionista può essere privato di protezione costituzionale<sup>59</sup>. In tale ipotesi, più che un limite di carattere generale, riferito alla «proibizione dell'istigazione al delitto», viene in considerazione il bene giuridico aggredito dai delitti che si tratta di prevenire<sup>60</sup>. In altri termini, il discorso negazionista verrebbe vietato a livello costituzionale in quanto pericoloso per i beni giuridici interessati dal delitto richiamato dall'istigazione medesima<sup>61</sup>.

Questione distinta sarebbe se si trattasse di una forma di *provocazione a «atti illeciti» che non siano delitti*. A tal rispetto, intendo che ugualmente a quanto affermato relativamente alla «provocazione al delitto», si potrà vietare quel discorso che provochi la realizzazione di «fatti illeciti», ma con un'avvertenza: tali fatti illeciti devono essere rimproverati dall'ordinamento in quanto posti a tutela di beni di rango costituzionale. Se solo la lesione di un bene di rilevanza costituzionale può fondare un limite alla libertà, a maggior ragione solo potranno vietarsi costituzionalmente quelle forme di provocazione a commettere «fatti illeciti» in salvaguardia di tal genere di beni. Così può succedere, per esempio, per la tutela del diritto a non essere discriminato di ogni persona, se si provoca a commettere atti di discriminazione che, anche se non risulteranno delitto, si potranno apprezzare come illeciti. Tanto nella provocazione al delitto, come, per di più, nella provocazione ad altri atti illeciti, le critiche possono originarsi, come si vedrà nel paragrafo seguente, dalla pretesa di punire penalmente questo genere di condotte che presuppongono una provocazione implicita ed in certi casi che non hanno nemmeno una rilevanza penale. Ed in questi casi, inoltre, si dovrà riscontrare un'effettiva idoneità di porre in pericolo tali beni giuridici. Ciò significa che un discorso non può considerarsi genericamente «*provocatore*», a meno che per privarlo della protezione costituzionale si dovrà *rilevare un pericolo reale e certo a dare luogo alla commissione di delitti o di fatti illeciti*.

Più problematica mi risulta ammettere che il limite possa giustificarsi perché un discorso possa *apparire di odio o ostile*<sup>62</sup>, o *pretenda di addottrinare con una ideologia contraria ai valori democratici*<sup>63</sup>. A questo riguardo, ho ritenuto che corollario del carattere aperto del nostro ordinamento è che non si possa vietare la mera adesione ideologica, per cui «la proclamazione d'idee o posizioni politiche proprie o l'adesione a quelle altrui» sarebbe protetta costituzionalmente<sup>64</sup>. Da qui ne deriva che fare proselitismo per captare adepti dovrebbe essere allo stesso modo protetto se avviene nel rispetto delle forme democratiche. A simili

---

gazione», *op. cit.*, p. 8). Ne consegue «l'impossibilità di configurare fattispecie autonome di istigazione, che non siano collegate a ben determinate ipotesi di azione costituente reato» (*ibidem*, p. 8, in nota n. 4). In senso analogo, *vid. C. ESPOSITO, La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, pp. 48 ss. de ID., «La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», *op. cit.*, pp. 193 ss..

<sup>59</sup> La Corte EDU si riferisce in modo generico al limite concernente la «prevenzione dei reati» (art. 10.2). Sul limite dell'«esigenza di non consentire istigazioni al reato», *vid. L. ALESIANI, I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.* pp. 153 ss.; e A. CERRI, «Libertà di manifestazione del pensiero...», *op. cit.*, pp. 1184 ss. G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.*, p. 294, volendo dare una lettura costituzionalizzata dell'oggetto del delitto di istigazione (art. 414 C.p.), considera come l'unica interpretazione possibile sia aderire ad una accezione oggettiva di ordine pubblico, come «pericolo di reati». Altri modelli elaborati dalla Corte Costituzionale spagnola in relazione al reato di negazionismo, non necessariamente ricollegato ad una incitazione alla commissione del reato di genocidio, sono nella STC 235/2007, F.J. 5°.

<sup>60</sup> Va considerato che i reati connessi all'ordine pubblico riguardano la protezione di un bene giuridico diverso da quello interessato dal reato verso cui si incita o istiga. Ne consegue che particolare attenzione deve essere prestata all'oggetto di tali reati, che resta l'ordine pubblico, non altri beni, accadendo, infatti, che «in questa categoria di delitti sono considerati fatti che, anche se possono tendere alla lesione di particolari beni giuridici [...], costituiscono, di per sé, un bene identificabile pericolo all'ordinato vivere sociale, per la modalità in cui sono compiuti» (G. ROSSO, «Ordine pubblico (delitti contro l')», *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Editrice Torinese, Torino, 1982, p. 153). Al riguardo, *vid. G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», op. cit.*, p. 294 ss; F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 254 ss. Si ritiene che le principali problematiche di carattere costituzionale collegate ai delitti di istigazione e apologia di reato – autonome fattispecie penali aventi ad oggetto la protezione dell'«ordine pubblico» - trovino origine proprio nella volontà di ravvisare nell'ordine pubblico il bene offeso dalla condotta negazionista.

<sup>61</sup> Essendo un reato ciò che si vuole prevenire (ad esempio, la commissione di atti a sfondo razzista), il bene giuridico considerato sarà quello tutelato dai medesimi, solitamente individuato nella «dignità umana» e nel «diritto a non essere discriminati». Pertanto, se ciò che si vuole prevenire è la commissione di un reato di «genocidio», il bene giuridico oggetto di tutela sarà il «diritto all'esistenza» dei gruppi sociali presenti nella società.

<sup>62</sup> La punibilità del «discorso dell'odio» si estende a molti casi e non solo alla proibizione dei discorsi che istighino alla violenza o alla discriminazione, ma anche all'«odio». Così, per esempio, si veda come la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 vieta la diffusione d'idee basate sull'odio razziale o il Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966 che nel suo articolo 20 punisce l'apologia all'odio nazionale, razionale e religioso. E, inoltre la Raccomandazione n° R (97) 20 del Consiglio d'Europa sul discorso dell'odio del 30 ottobre 1997. In particolare, occorre ricordare che uno dei criteri affermati dal Tribunale costituzionale spagnolo per giustificare l'esclusione della protezione costituzionale del delitto di negazionismo era precisamente l'incitamento all'odio, violenza, o la discriminazione (SSTC 214/1991, F.J. 8° e 235/2007, F.J. 5°) o come la Corte EDU proclami il limite dei «discorsi politici che incitano all'odio basato sui pregiudizi religiosi, etnici o culturali» e che rappresentano un pericolo per la pace sociale (sentenza 16/06/2009, *Féret c./Bélgica*).

<sup>63</sup> Così, per esempio, si veda la Sentenza del giudice penale di Barcellona n° 11, 5/03/2010, Libreria Europa II.

<sup>64</sup> STC 235/2007, F.J. 9°.

conclusioni giungo con riguardo al discorso negazionista che pretenda di sembrare odioso e ostile: a mio giudizio, qualora questo non si proietti quale provocazione volta alla commissione di delitti o di fatti illeciti offensivi di un bene costituzionale *non credo che debba essere vietato costituzionalmente*<sup>65</sup>. Non vedo la differenza tra captare adepti per un'ideologia e promuovere un'ideale razzista<sup>66</sup>. La linea è molto sottile, ma bisogna stabilire dove si situa il confine. Il contrario sarebbe, a mia opinione, sanzionare il proselitismo di un'ideologia, la quale, per quanto rimproverabile risulti, credo che debba essere tutelato.

Logicamente, ad una conclusione diversa si giunge qualora si intenda vietare un discorso negazionista dal momento che ci troviamo di fronte ad *un pubblico che manca di autonomia e maturità*, come possono essere i minori o i giovani<sup>67</sup>. E neanche mi riferisco ora ad un *contesto di crisi* che potrebbe giustificare mezzi di eccezione<sup>68</sup>.

Un'altra possibilità adeguata costituzionalmente sarebbe giustificare la restrizione alla libertà di espressione per il *carattere offensivo dei discorsi negazionisti a beni di natura personale quali l'onore*<sup>69</sup>. Per di più, il bene giuridico dell'onore potrebbe acquisire un maggiore peso specifico, così rafforzandosi per il canone della dignità umana<sup>70</sup>. In questo modo, il canone che servirà per definire il confine della protezione costituzionale sarà che se con tale discorso si umilierà o dispregerà in maniera vessatoria le vittime del genocidio o i componenti di un gruppo sociale. Allo stesso tempo, si dovrà ammettere la legittimità della pena di quelle espressioni che furono «*minacciose*» e con le quali pertanto si può *coartare la libertà delle persone*.

Invece, *rifiuto la tendenza a fondare questo genere di limiti nella protezione della «dignità umana» nel senso sovraindividuale*, in relazione al principio di uguaglianza e al diritto di non discriminazione<sup>71</sup>. Si

<sup>65</sup>Così, specialmente la Sent. Cort. Cost. 108/1974, sul delitto di istigazione all'odio tra le classi, in cui, come si è visto nel capitolo italiano, la Corte Costituzionale intendeva il semplice incitamento o persuasione sulla verità di una dottrina politica o filosofica non giustificava la sua repressione. O, in senso simile, affermava la Corte EDU che i sentimenti sociali che possano vedersi danneggiati dall'esibizione di certi simboli non giustificava la loro protezione (Sentt. Cort. EDU 8/07/2008, *Vajnai c./Ungheria*) e, da un punto di vista liberale, risultano anche di interesse le sentenze della Corte Suprema Nordamericana R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U. S. 377 (1992) e Virginia v. Black, 538 U.S. 343, 347 (2003). Tuttavia, nello sviluppo delle esigenze internazionali, la opzione di incriminare condotte provocatorie ad atti di odio molto diffusi si è imposta in molti casi, il quale presuppone un autentico controsenso e porta a configurare delitti che in realtà rientrano nella categoria di tipi autonomi in salvaguardia di beni giuridici sopraindividuali per la loro pericolosità collettiva. Si veda per esempio l'art. 510 Cp. spagnolo, o dei delitti antirazzisti della legislazione italiana, come il delitto di istigazione all'odio tra le classi sociali (art. 415 Cp. it.).

<sup>66</sup>Se essere «razzista» è tutelato costituzionalmente, credo che promuovere che altri siano razzisti dovrebbe esserlo ugualmente; questione distinta è provocare a «agire» in modo razzista dilenquendo o commettendo atti illeciti per tali motivi. Posso proibire a livello costituzionale una pubblicazione in quanto cerchi di «convincere» la società a stabilire differenze tra le razze? Si potrebbe vietare una proposta «politica» di riforma costituzionale tendente realizzare in Spagna un *apartheid*?

<sup>67</sup>Vid. STC 76/1995, caso cómic.

<sup>68</sup>Su queste questioni cfr. particolarmente la posizione di J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 702 ss. In qualunque caso, si tenga in considerazione che le proprie costituzioni, per esempio la spagnola nel suo articolo 55, regolano la sospensione di certi diritti fondamentali ma solo con la dichiarazione di un «estado de excepción o de sitio». Pertanto, c'è da essere prudenti nel momento di invocare «contesti di crisi» per giustificare un abbassamento della garanzia e del riconoscimento di queste libertà fondamentali.

<sup>69</sup>La Cort. EDU ha qualificato il discorso negazionista dell'Olocausto come «una delle forme più gravi di diffamazione razziale degli ebrei» (decisione della Cort. EDU 24/06/2003, *Roger Garaudy c./Francia*). La Corte costituzionale federale tedesca è stata molto marcata in questo senso nel precisare che gli ebrei sono un gruppo possibile oggetto di offesa e che la negazione della loro persecuzione deve per essere considerato un insulto contro questo gruppo e una grave violazione dei loro diritti fondamentali (*BVerfGE* 90, 241-255). La Corte belga di Arbitrato (sentenza del 12 luglio 1996) si è posizionata su posizioni simili, e affermando che il reato di negazione dell'Olocausto nazista era una restrizione legittima della libertà di espressione in quanto riconosceva una caratteristica comune dei comportamenti censurati che, anche se indirettamente, erano offensivi per le persone e pretendevano di riabilitare un'ideologia ostile. Nel caso spagnolo è stato studiato come la Corte Costituzionale ha ammesso la punizione di questo tipo di discorso valutando, nelle circostanze del caso, la componente offensiva o degradante (SSTC 214/1991 e 176/1995). Nella sua sentenza 235/2007 riconosceva che una delle forme offensive di questo genere di discorsi può essere il suo carattere «umiliante o degradante rispetto ad un gruppo di persone» (FJ. 9°).

<sup>70</sup>Così, in particolare, si veda SSTC 214/1991, FJ. 8° e 235/2007, FJ. 5°; o la Cassazione italiana riconosceva che la eguale dignità sociale costituisce il fondamento del diritto alla reputazione (Sent. Cass. Pen. V. 16/01/1986).

<sup>71</sup>In dottrina si distaccano in questo senso, cfr. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...», op. cit., passim*; L. PICOTTI, «Istigazione e propaganda della discriminazione...», *op. cit.*, pp. 130 e ss.; o G. A. DE FRANCESCO, «Commento al Dl. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. della l. 25/6/1993 n° 205», *La Legislazione Penale*, n. 1, 1994, pp. 178 ss.; e anche P. LAURENZO COPELLO, «Marco de protección jurídico-penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia», *Libertad ideológica y Derecho a no ser discriminado. Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 1, 1996, p. 232; E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999, p. 333; J. M. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, Ed. de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, pp. 217 ss.; ÍD., «La llamada mentira de Auschwitz (art. 607.2 Cp) y el delito de provocación (art. 510) a la luz del caso Varela: una oportunidad perdida para la cuestión de inconstitucionalidad (Comentario a la sentencia del Juzgado de lo penal núm. 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)», *Actualidad Penal*, 1999, pp. 704 ss., riferiti alla legislazione anti-razzista. A livello giurisprudenziale, per esempio, Sent. Cass., III; 13/12/2007, n. 13234 o la Sent. Cass., sez. III, 28/02/2002, n. 7421, che legano i delitti alla

tratta di un bene giuridico che, come è stato segnalato, non presenta contorni precisi, il quale, se ammesso come limite, porterebbe a negare la protezione costituzionale ad espressioni per la mera contraddizione formale di fronte a ideali sociali e giuridici<sup>72</sup>. Le sensibilità sociali, i minimi etici comuni non possono essere tutelati in maniera autonoma come beni «sovraindividuali»<sup>73</sup>. Per di più, non ha senso ricorrere alla tutela di beni sovraindividuali, quando i beni individuali, come l'onore, si possono proteggere nella loro dimensione collettiva, senza dare luogo ad un bene autonomo, ciò perché si riconoscono soggetti passivi collettivi,<sup>74</sup> sia perché si può ritenere che l'onore di una persona può essere compromesso come conseguenza dell'espressioni riferite alla collettività a cui appartiene.<sup>75</sup> La mia conclusione è, pertanto, che la *dignità umana, come bene giuridico sopraindividuale di natura ideale, non può fondare un limite legittimo alla libertà di espressione secondo lo spirito di un ordinamento aperto e personalista*<sup>76</sup>. Anche se sono cosciente che la tendenza oggi dominante è precisamente la contraria<sup>77</sup>.

legislazione anti-razzista partendo dal riconoscimento della dignità umana e come il bene protetto dagli stessi, o la Sent. Cort. 293/2000, in cui la Corte riconosce la dignità umana come il limite alla libertà di espressione, intesa come il minimo rispetto della persona. In Spagna, possono considerarsi le SSTC 176/1995 y 235/2007.

<sup>72</sup>I quali presuppongono ammettere una nuova forma di «ordine pubblico ideale». Così secondo M. MANETTI la protezione dei valori della libertà e democrazia hanno condotto all' «l'instaurazione di un "ordine pubblico ideale" protetto nei confronti delle manifestazioni di dissenso» («La libertà di manifestazione del pensiero», *op. cit.*, p. 555). Più in concreto, afferma l'autrice che quest' «ordine pubblico ideale internazionale in Europa» conduce all'«imposizione cogente di vincoli che impediscano l'autodistruzione del principio di libertà» e per di più legittimare l'appello alla «virtù repubblicana» (A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...», op. cit.*, p. 230). Nello stesso senso, sostiene M. MANETTI, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, pp. 115-116, che: «La verità è che per l'Europa (e non soltanto per essa) il discorso razzista rappresenta un'aggressione alle fondamenta etico-giuridiche sulle quali è avvenuta la ricostruzione del dopoguerra. Questa valutazione affonda le sue radici nell'esperienza storica del totalitarismo e dell'Olocausto, e nell'angoscia esistenziale che ha accompagnato la totale perdita di fiducia nella razionalità e nella moralità dell'essere umano», di forma che «[S]i potrebbe dire che il diritto internazionale abbia così instaurato ab externo una protezione della democrazia anche là dove le Costituzioni nazionali non la prevedono». Anche, A. DI GIOVINE, «Il passato che non passa...», *op. cit.*, p. XXVII: «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». O, Nello stesso senso, *cf.* E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica...», op. cit.*, p. 92: «I principi enucleati, quali quelli dell'eguaglianza, della pace e della dignità umana, sembrano così delineare un "ordine pubblico ideale internazionale", che diverrebbe contenuto privilegiato ed essenziale della forma democratica di Stato». *Vid.* anche E. BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista...», op. cit.*, p. 342, per cui la dignità umana si porrà in relazione con l'ordine pubblico di fronte al pericolo che possa propagarsi un'ondata razzista in Europa.

<sup>73</sup>In questo senso si esprime VIVES ANTÓN, in relazione a questo genere di limiti che «sólo podrá establecerlos para evitar, efectivamente, desórdenes públicos, no meras alteraciones de la sensibilidad» (*Fundamentos del sistema penal...», op. cit.*, p. 807). O molto contudente si mostrava A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...», op. cit.*, p. 123, che, anche riferito all'ordinamento penale, affermava che il diritto penale moderno non può tutelare valori etico-sociali o principi politici o altre concezioni ideali. Nello stesso senso, importante dottrina ha denunciato l'inclusione di valori morali sopraindividuali dichiarando così la loro sacralità e intangibilità, particolarmente attraverso i limiti penali ai delitti di opinione, così: A. SPENA, «Libertà di espressione e reati di opinione», *op. cit.*, p. 718, C. FIORE, *I reati di opinione», op. cit.*, p. 114; A. PACE, y M. MANETTI, *La libertà di manifestazione...», op. cit.*, pp. 267 y ss.; L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...», op. cit.*, pp. 296 e ss.; o A. MAGDALENO ALEGRIA, *Los límites de las libertades de expresión...», op. cit.*, p. 342.

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale negli ordinamenti spagnolo e italiano non lo ha sempre tenuto chiaro. Per esempio, nelle sentenze come la 293/2000, nella quale la Corte Costituzionale ha legittimato un limite alla libertà di espressione sulla base della turbativa del «comune sentimento della morale», sintetizzato nel valore della dignità umana. Bene, incluso da questa prospettiva la Corte Costituzionale esige che in concreto il giudice dovesse bilanciare, secondo le circostanze del caso, il «peso» della libertà di espressione di fronte alla «dignità umana». A questo rispetto possono segnalarsi le Sentt. Cort Cost. 368/1992, sul «buon costume» o Cort. Cost. 14/1973, sulla tutela del sentimento religioso. D'altro lato ci sono sentenze come le Sentt. Cort. Cost. 1966 o 243/2001, sul reato di propaganda contro il sentimento nazionale, in cui la Corte Costituzionale ha dichiarato che non è legittimo punire espressioni che ledono un puro sentimento. In Spagna, il Tribunale Costituzionale ha legittimato delitti a tutela di valori come la «morale pubblica» (STC 62/1982); anche se ha riconosciuto la minore protezione che meritano beni come il «prestigio» delle istituzioni di fronte all'onore inteso in forma personalista (SSTC 107/1988 y 51/1989). La Corte EDU ha mantenuto una giurisprudenza inclusiva a questo rispetto, in cui possono incontrarsi sentenze nelle quali si conclude che «un sistema giuridico che applica restrizioni ai diritti umani per soddisfare i dettami di un sentimento pubblico –reale o immaginario– no si può considerare che soddisfi le necessità sociali imperiose» (Sent. Cort. EDU 8/07/2008, caso *Vajnai c./Ungheria*); mentre in altre ha dato tutela al sentimento religioso di una parte della popolazione (Sent. Cort. EDU 20/09/1994, caso *Otto-Preminger-Institut c./Austria*).

<sup>74</sup>In questo senso, *vid.* STC 176/1995, caso comic o la Sent Cass pen. V 16/01/1986.

<sup>75</sup>Così, per esempio, la STC 214/1991. In dottrina, *vid.* P. BOGNETTI, «Prime note sulla tutela costituzionale...», *op. cit.*, p. 75. Invece, si deve anche considerare la posizione contraria di MANETTI, secondo la quale «la diffamazione "di gruppo" come fattispecie penale autonoma soffre della difficoltà di riferire il bene dell'onore ad una collettività non soggettivizzata, e del rischio di punire non una vera e propria offesa, ma una semplice manifestazione di opinioni, riferita in termini generalizzanti» («L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, p. 107).

<sup>76</sup>In questo senso si è posizionato in maniera molto precisa, FEIJOO SÁNCHEZ: «Legitimar el castigo de la negación del genocidio afirmando que se protege en general la dignidad de seres humanos no es más que un salto en el vacío que deja en evidencia los problemas dogmáticos para legitimar una intervención penal frente a expresiones políticamente incorrectas. La dignidad es el concepto de personalidad, y para afirmar que la negación constituye o puede constituir un delito contra las personas habría que concretar la

Infine, vale ricordare che buona parte della dottrina non ritiene che la «verità storica» o la «memoria collettiva» possano costituire un autonomo bene giuridico<sup>78</sup>, in quanto «non sembra che la (intangibilità della) “storicità della Shoah” (o persino la “verità come tale”), possa vantare un plausibile inquadramento tra i valori *fondamentali* dell’ordinamento costituzionale capace di giustificare il massimo contrappeso punitivo, offrendosi come plausibile bene giuridico-penale»<sup>79</sup>. Pertanto, seppure sia stato riconosciuto che il delitto di negazionismo sia riconducibile ad una volontà, generalmente condivisa, di tutela della memoria storica, quest’ultima non può convertirsi nel bene giuridico che la fattispecie penale intende tutelare<sup>80</sup>. Né ciò preclude la considerazione dell’elemento della «veridicità» dei fatti come limite interno alle libertà di espressione e di informazione, come si ravvisa in taluni modelli costituzionali.

### **2.3. Negazionismo, dalla nozione di «fatto storico stabilito» al controllo giudiziale del «metodo scientifico»: criteri validi di distinzione tra lecito e illecito?**

Per concludere la trattazione sulle limitazioni della libertà di espressione con riguardo al discorso negazionista, vale evidenziare che la legislazione in materia giunge ad una sorta di «cortocircuito» nel momento in cui le Corti sono chiamate a stabilire se il «discorso negazionista» costituisca un contributo «scientifico autentico» o se, al contrario, non sia altro che una approssimativa alterazione della Storia<sup>81</sup>. *Come viene concretamente a determinarsi tale «cortocircuito»? Che importanza riveste?* Come si è osservato, il discorso negazionista si riferisce solitamente a taluni eventi del passato e, in molti casi, i negazionisti si pre-

lesión de un derecho personal (por ejemplo, el honor)» «Rescisión a *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens* (La punibilità de la negación de la existencia de Auschwitz), de Thomas Wandres. Duncker & Humblot (Strafrechtliche Abhandlungen, N. F., tomo 129)», *ADPCP*, vol. LIII., 2000, p. 1200). Tra gli altri, condividono questa posizione critica sull’affermazione della dignità umana come limite sopraindividuale alla libertà di espressione, A. AMBROSI, «Libertà di pensiero e manifestazioni di opinioni razziste e xenofobe», *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2008, pp. 528 e ss.; Id., «Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste o xenofobe», in S. RIONDATO (dir.), *Atti del Seminario di studio Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 49 y ss.; C. CARUSO, «Dignità degli “altri” e spazi di libertà degli “intolleranti”. Una rilettura dell’art. 21 Cost.», *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2013, *passim*; G. G. ROLLNERT LIERN, «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», *UNED-Revista de Derecho político*, n. 73, 2008, *op. cit.*, p. 143, o M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales», en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1163.

<sup>77</sup> Serva come esempio V. CUCCIA, «Libertà di espressione...», *op. cit.*, p. 883, che intende che il rispetto della dignità umana costituisce un nucleo inderogabile in modo che «solo un imperativo di questa natura può giustificare che si limiti la libertà di espressione»; o L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Cedam, Padova, 2009, pp. 277 y ss.

<sup>78</sup> Si v. E. CASTORINA, «Spunti di discussione...», *op. cit.*, pp. 12 ss., dove l’Autore riferisce «la memoria collettiva come interesse costituzionalmente protetto». Dello stesso A., *vid.*, «Manifestazione del pensiero e messaggi di “odio sociale” nel cyberspazio. Una regolamentazione multilivello ancora incompiuta», in A. CIANCIO (a cura di), *Nuovi mezzi di comunicazione e identità: omologazione o diversità?*, Aracne Ed., Roma, 2012, pp. 105-123.

V. MANES, «Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 2-3, § 5.4.1. In senso conforme, tra gli altri, *vid.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 133, secondo cui «Il bene tutelato da queste ipotesi delittuose non può essere individuato nella tutela della verità storica: nessuno, infatti, ha il dovere di verità storica, e tanto meno può essere punito per avere violato questo dovere, anche perché altrimenti si sancirebbe il ruolo del giudice come arbitro della storia» e, «la verità storica non può mai costituire bene giuridico» (E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 51). Condivide tale orientamento M. ROMANO, «Principio di laicità dello Stato...», *op. cit.*, § 5°, secondo cui: «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».

<sup>80</sup> Seppure non si riferisca in senso specifico alla sanzione penale – tuttavia, a maggior ragione in riferimento alla ratio della prescrizione – si condivide quanto sostenuto da MERLI, secondo cui «proibire un’idea o un’opinione, per quanto scandalose e dissacranti, come eresie intellettuali, con l’argomento che sarebbero “nocive” o “distruttive”, e imporre con la forza alle persone una verità storica di Stato, chiedendo loro obbedienza per questa o quella “verità”, è tipico di una posizione integralista di chi non riconosce una sfera pubblica laica e non tollera il pluralismo, il dissenso e lo spirito critico come valori all’interno della società» (*Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 32). *Id.*, altresì, F. LIENA, «Spetta allo Stato accertare la “verità storica”?», *Giur. Cost.*, fasc. 5, 2009, che afferma che: «L’unico modo per evitare la “tirannide della verità” sarebbe perciò quello di affidare il compito della ricostruzione storica del passato al popolo stesso»; e G. BRAGA, «La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica», en M. ANIS (ed.), *Informazione, potere e libertà*, G. Giappichelli, Torino, 2005, p. 113: «In un ordinamento liberale non dovrebbe mai ritenersi auspicabile, in linea di principio, la fissazione *ex lege* di una determinata verità storica».

<sup>81</sup> E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 145 ss., solleva il problema dell’applicazione dei metodi scientifico e giuridico nella definizione della verità storica nel corso di un processo. In proposito, si v., altresì, P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla Decisione Quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo», *Ius17*, n. 3, 2011, pp. 151 ss., che, in senso analogo, evidenzia l’incertezza legata alla effettiva definizione degli eventi storici che la memoria si prefigge di tutelare. D. BIFULCO, *Negare l’evidenza...*, *op. cit.*, p. 89 ss., ammette che il giudice si occupi delle problematiche riguardanti il metodo scientifico nella misura in cui le medesime si riferiscano ad ideologie che si avvalgono, a loro volta, di metodi scientifici per diffondere contenuti razzisti.

sentano come «storici» che supportano le loro affermazioni in modo pseudo-scientifico; ne consegue che può sorgere il dubbio che tali discorsi, oltre a costituire un potenziale esercizio della libertà di espressione, siano, altresì, una espressione della libertà scientifica<sup>82</sup>. Il problema è, dunque, riuscire a tracciare un confine tra ciò che rappresenta un legittimo esercizio di tale libertà ed altre espressioni che, seppure incluse in via generale nella libertà di espressione, non godono del «valore aggiunto» dato dalla presunta identificazione con una indagine scientifica. Per tale motivo, pare non vi sia altra alternativa se non il ricorso al controllo in sede giudiziale per comprendere se si tratti di una analisi aderente al cosiddetto «metodo scientifico»<sup>83</sup>.

In tale prospettiva, secondo E. FRONZA, si corre il rischio di passare dal paradosso del contenuto al paradosso del metodo<sup>84</sup>. Ad avviso di chi scrive, tale questione non presenta, in realtà, dei profili particolarmente problematici. I giudici non devono decidere sulla Storia<sup>85</sup>, *né stabilire quale sia la metodologia che la scienza è tenuta a seguire; ciò che devono fare, per esigenze strettamente giuridiche, è poter determinare l'ambito garantito da una libertà e verificare se, in relazione ad esso, sia stato applicato un metodo scientifico*<sup>86</sup>. A tal fine, determinante è lo strumento della perizia, che accerta se l'oggetto di discussione risponda o meno alle caratteristiche proprie di un'indagine scientifica. Alcune fattispecie penali, che incriminano specificamente il negazionismo, includono una clausola di carattere generale che stabilisce la atipicità delle condotte legate l'esercizio della libertà scientifica<sup>87</sup>.

Si ricorda, comunque, come, in riferimento al «negazionismo dell'Olocausto», le Corti tedesca ed austriaca non abbiano ammesso lo svolgersi di un regime probatorio sulla veridicità di questi fatti, in quanto

---

<sup>82</sup> Se nel paragrafo precedente si è sottolineata la rilevanza del conflitto tra la sanzione penale relativa al reato di negazionismo e la libertà di espressione, è ora necessario indagare sulla possibile lesione della libertà di ricerca scientifica. Nel caso in cui quest'ultima entri in relazione alle manifestazioni negazioniste, l'interpretazione dei limiti alla libertà di espressione può essere intesa in senso più restrittivo (Sentt. Cort. EDU 29/06/2005, *Chauvy c./Francia*, § 69; 21/09/2006, *Monnat c./Svizzera*, § 64; 17/12/2013, *Perinçek c./Svizzera*, § 100). In questo punto, la sentenza della Corte Costituzionale spagnola n. 43/2004 afferma con decisione che «el debate histórico disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información» (F.J. 5°).

<sup>83</sup> La Corte Costituzionale spagnola sostiene che questa libertà deve essere riconosciuta nel momento in cui l'indagine scientifica «efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica» (STC 43/2004, F.J. 5°). Nella sent. n. STC 235/2007 la Corte stessa applica tale orientamento al discorso negazionista e lo riporta alla protezione costituzionale relativa alla libertà di ricerca scientifica ogni qual volta si tratti di «mera difusión de contenidos en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad» (F.J. 8°). In proposito, pare che il criterio adottato per distinguere se un discorso sia o meno meritevole di tutela costituzionale sia, più che un mero giudizio di valore, il rispetto del metodo di ricerca scientifica, che, come affermato nella prima sent. costituzionale quivi citata, non si deve necessariamente essere caratterizzato da una neutralità assoluta.

Anche i tribunali francesi hanno iniziato a considerare la riconducibilità dei discorsi negazionisti alla protezione garantita alla libertà di ricerca scientifica. *Vid.* sent. del *Tribunal de Grande Instance*, del 2 aprile 1998 e la sent. della Corte d'Appello di Parigi del 10 febbraio 1999 che si conclude con la sent. della Corte EDU 29/06/2005, *Chauvy c./Francia*. Fu proprio la Corte EDU, valutando l'adeguatezza delle decisioni assunte dagli organi nazionali, a concludere che «the autor had failed to respect the fundamental rules of historical method in the book and had made particularly grave insinuations» (§77). Più di recente, si ricorda la sent. *Tribunal de Grande Instance* de Lion del 3 de enero de 2006, sul caso Theil, su cui *vid.* E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 149. La Corte di Arbitrato belga, nella sent. del 12 luglio 1996, rimetteva in capo ai giudici la facoltà di verificare, nel caso concreto, che le espressioni negazioniste non presentassero carattere scientifico.

<sup>84</sup> E. FRONZA si domanda: «(...) in che termini si svolge il giudizio sul metodo? Cosa significa proteggere penalmente un metodo scientifico e, in questo caso, il metodo storico?», e ancora, «[u]n giudice è nella condizione di giudicare il metodo di ricerca storica, essendo egli un giudice e non uno storico?» (*Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 150). «Cercando di sfuggire quel "paradosso del contenuto", che consiste nel rendere verità sottratta al giudizio della storia un evento, non si rischia qui di cadere in un'aporia speculare, un "paradosso del metodo" che giudica della validità dall'esterno canoni corretti e "definitivi"» (*ibidem*, p. 151). Per concludere che: «La risposta ci lascia più di un dubbio sulla percorribilità di questa via» (*ibidem*). In senso analogo, v. E. FRONZA, «Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, pp. 42 e ss. e *Id.*, «The punishment of negationism...», *op. cit.*, pp. 620 ss., dove l'A. ribadisce l'impossibilità di trasformare un giudice in uno storico e di scindere il metodo storico da quello giuridico.

<sup>85</sup> La Corte EDU ha affermato che «it is not the Court's role to arbitrate the underlying historical issues» (Sentt. Cort. EDU 29/06/2005, *Chauvy c./Francia*, § 69; 21/09/2006, *Monnat c./Svizzera*, § 57; 23/09/1998, *Lehideux y Isorni c./Francia*, § 47). Tale orientamento è stato accolto dalla Corte Costituzionale spagnola nella sent. n. 235/2007, F.J. 4° sul delitto di negazionismo. Al riguardo, v., altresì, STC 43/2004, F.J. 8°, secondo cui: «El ejercicio de nuestra jurisdicción [...] no sirve para enjuiciar la historia, y menos aún para cambiarla o silenciar sus hechos».

<sup>86</sup> S. GARIBIAN afferma che «la supuesta amenaza que hace la ley Gayssot al principio de investigación científica –por el hecho de que los jueces se inmiscuyen en el debate de los historiadores-, se trata nuevamente de un profundo malentendido» («Derecho, Historia, memoria...», *op. cit.*, p. 8), e aggiunge che «[l]o que le importa al juez, no es la cuestión de saber si lo que el historiador dice es cierto, sino de saber si su trabajo y sus alegatos traslucen una intención de perjudicar, o si responden al deber de objetividad y a las reglas de buena fe» (*ibidem*).

<sup>87</sup> La legislazione tedesca prevede una apposita clausola che vieta la sanzione di condotte relative all'istruzione della cittadinanza, al mondo dell'arte, della scienza, della ricerca, ecc. Anche la Polonia prevede una clausola relativa alle ipotesi di ricerca scientifica. Lo stesso Israele stabilisce non vengano sanzionati rapporti od opere veritiere od imparziali.



l'Olocausto nazista può essere considerato soltanto in quanto «fatto storico incontrovertibile»<sup>88</sup>. La stessa Corte EDU ha aderito a tale orientamento, specificando, peraltro, che assumere come incontrovertibili tali eventi storici non lede in alcun modo né il diritto alla prova, né il diritto ad un equo processo<sup>89</sup>.

Dunque, si può giungere ad ammettere che, a livello processuale, l'Olocausto viene assunto come un «fatto certo», che, dinanzi all'esigenza di stabilire la veridicità di fatti ad esso collegati, come limite alla libertà di espressione e di informazione, non ammette prova. In tal modo si evita di trasformare il processo penale in un giudizio sulla veridicità o meno di un fatto storico, come in parte è accaduto con il processo (civile) sul caso Irving in Inghilterra<sup>90</sup>.

Invece, altro aspetto problematico è dato da un orientamento più risalente, che considera il discorso negazionista come pura negazione dei fatti.

Diversi problemi sono, altresì, determinati dal fatto che, per negare un «fatto storico incontrovertibile», i negazionisti restino necessariamente al di fuori dell'ambito di protezione della libertà scientifica (e della libertà di espressione), partendo dal presupposto che la loro analisi storica non si pone come obiettivo la «ricerca della verità»<sup>91</sup>. Si tratta di aspetti differenti: da una parte non si ammette alcun elemento probatorio sull'esistenza (o inesistenza) dell'Olocausto, essendo assunto come un «fatto noto»; dall'altra parte, non si consente, a livello giudiziale, nemmeno una discussione sul fatto si tratti o meno di una ricerca storiografica, presupponendosi che, in ogni caso, i negazionisti falsifichino la Storia, senza seguire alcun metodo scientifico di ricerca. Come si può differenziare allora tra negazionisti e revisionisti? Soltanto per il contenuto? Perlomeno quest'ultimo aspetto si ritiene debba essere oggetto dell'analisi giudiziale. Infatti, come già osservato, sebbene il discorso negazionista difficilmente soddisfi gli *standard* di rigore minimi che caratterizzano una ricerca scientifica rigorosa, deve, comunque, ammettersi che esistono casi al limite tra il negazionismo e il legittimo revisionismo storico. In tali ipotesi, solo un'accurata analisi giudiziale della metodologia potrà chiarire se si tratti effettivamente di una ricerca scientifica, per quanto eccentrica, o se, al contrario, sia una mera falsificazione storica che non può in alcun modo rientrare nell'esercizio della libertà scientifica.

### **3. Revisione critica delle differenti manifestazioni del reato di negazionismo nel quadro europeo: una proposta di rilettura costituzionalmente orientata**

#### **3.1. La Decisione quadro 2008/913/GAI, del 28 novembre 2008, sulla lotta a forme e manifestazioni di razzismo e xenofobia nel diritto penale**

Prima di formulare un'ipotesi di delitto di negazionismo nell'ambito del quadro europeo, pare opportuno illustrare i termini della Decisione quadro 2008/913/GAI, seppure a titolo introduttivo. In sostanza, la norma europea prevede la pena della «reclusione per una durata massima compresa almeno tra uno e tre anni» (art. 3)<sup>92</sup>, per le seguenti condotte:

«Articolo 1. Reati di stampo razzista o xenofobo

1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti comportamenti intenzionali siano resi punibili:

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;

<sup>88</sup> In proposito, *vid.* Sentt. Cort. EDU 23/09/1998, *Lehideux y Isorni c./Francia*, § 47 e 24/06/2003, *Roger Garaudy c./Francia*.

<sup>89</sup> *Vid.* la decisione sul caso *Hans-Jürgen Witzsch c. Alemania* (1999) e le pronunce della *Commissione X c. Repubblica Federale Tedesca* (1982), *Walter Ochensberger c. Austria* (1994), *Otto E.F.A. Remer c. Germania* (1995), *Gerd Honsik c. Austria* (1995), *Irving c. Germania* (1996).

<sup>90</sup> Nel caso *Lipstadt c. Irving*, la storica coinvolta dovette difendere il suo scritto testimoniando in giudizio che Irving aveva deliberatamente falsificato gli eventi storici.

<sup>91</sup> Così afferma la Corte EDU nella decisione su caso *Roger Garaudy c./Francia*: «*There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth.*».

<sup>92</sup> Come evidenzia P. LOBBA la Decisione quadro europea adotta la cosiddetta tecnica del «compasso editale», secondo la quale «Si parla in questo caso di livello minimo del massimo editale. Si tratta di una tecnica normativa che, pur approntando un certo grado di armonizzazione, tenta di salvaguardare la potestà punitiva nazionale, tenendo conto delle forti differenze tuttora esistenti tra i sistemi punitivi degli Stati membri. L'apposizione di vincoli più stringenti, in tale contesto, finirebbe per influire negativamente sulla coerenza interna degli ordinamenti penali senza, tra l'altro, giungere ad un'effettiva armonizzazione, impedita dalle eterogenee discipline sul trattamento penitenziario» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 134).

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;

c) l'apologia, la negazione o la 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, quando 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;

d) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell' 8 agosto 1945, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro.

2. Ai fini del paragrafo 1, gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi.

3. Ai fini del paragrafo 1, il riferimento alla religione è diretto a comprendere almeno i comportamenti usati come pretesto per compiere atti contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica.

4. All'atto dell'adozione della presente decisione quadro o in un momento successivo, uno Stato membro può fare una dichiarazione secondo cui renderà punibili la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di cui al paragrafo 1, lettere c) e/o d), 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.»

La Decisione quadro identifica, quindi, in relazione al negazionismo, alcune condotte minime condannabili, seppure non consideri qualsiasi tipo di discorso negazionista dell'Olocausto o di altri genocidi, ma solamente quelli che presentino gli elementi caratterizzanti i delitti propri della legislazione contro il «discorso dell'odio». La Decisione offre, in tal modo, un modello «base» di incriminazione del delitto, già di per sé qualificato, seppure consenta altre forme di qualificazione dello stesso, come si vedrà più avanti.

Si procede ora all'analisi dei diversi elementi caratterizzanti il delitto di negazionismo.

### **3.2. La definizione della condotta tipica: azioni tipiche, crimini di riferimento ed altri elementi**

#### **3.2.1. Il (non risolubile) deficit di tassatività dell'ampia gamma di azioni tipiche connesse al discorso negazionista**

Accingendosi ad analizzare il delitto di negazionismo, vale distinguere, da una parte, le «azioni tipiche», e, dall'altra, i crimini «oggetto» dalle stesse, che, come noto, dovrà corrispondere a quello previsto in una fattispecie criminosa già disciplinata (e in via di principio «già» commessa). Stando alle previsioni della Decisione quadro europea, verranno punite, in quanto «azioni tipiche», l'«apologia», la «negazione» o la (grossolana) «banalizzazione»<sup>93</sup> dell'Olocausto. Si tratta di uno spettro molto ampio, che pare necessario circoscrivere<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> Cipro, Malta, Lituania, Ungheria e Bulgaria che hanno pedissequamente trasposto le previsioni della Decisione quadro europea. In Spagna, la proposta di riforma legislativa in materia considera le previsioni di rango europeo, seppure nella sua attuale previsione la fattispecie penale riguardi solamente la «giustificazione» e la «pretesa di riabilitare i regimi» che hanno perpetrato i genocidi. La condotta di mera «negazione» è stata dichiarata incostituzionale dalla STC 235/2007. In Austria negare e minimizzare tali condotte include il «lodare» – in senso analogo alla condotta di apologia del reato – e «la volontà di giustificare» le stesse. La Lettonia distingue le condotte tese a «lodare» le espressioni negazioniste da quelle volte a «negare» e «approvare» le medesime. Altri Stati contemplan le condotte di negazione e minimizzazione, riferendosi, però, piuttosto che all'apologia di reato, alle azioni di «approvare» o «giustificare»: la Germania («approvare», «negare» o «minimizzare»); il Belgio («discutere circa l'esistenza di» [contesté], «minimizzare», «giustificare», «approvare»); la Repubblica Ceca e la Repubblica Slovacca («negare», «mettere in dubbio», «approvare», «giustificare»); la Repubblica di Slovenia («negare», «minimizzare il significato», «approvare», «disprezzare», «ridicolizzare» o «sostenere»); la Romania («negare», «discutere circa l'esistenza di» [contesté], «approvare», «giustificare»); la Svizzera («negare», «minimizzare», «giustificare»). Infine, vale ricordare vi sono Paesi che puniscono la sola negazione o la discussione circa l'esistenza di tali fatti storici [contesté]: la Francia («discutere circa l'esistenza di» [contesté]); il Portogallo («in particolare attraverso la negazione»); la Polonia («negare, in senso contrario ai fatti accaduti»); Israele («negare» o «minimizzare»). Per le espressioni verbali ci si è avvalsi della traduzione inglese della Commissione europea, traducendo, in particolare, l'espressione «public condoning» con il termine por «apologia».

<sup>94</sup> Per un commento sulle condotte tipiche di questi delitti, *vid.* P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, pp. 141 ss.; o E. FRONZA, *Il negazionismo come reato, op. cit.*, pp. 18 ss.

Le condotte corrispondenti al nucleo di un discorso negazionista saranno la «negazione» o la «banalizzazione» di un genocidio (già accaduto). La condotta di «negazione» non lascia spazio a dubbi interpretativi: consiste nel sostenere che taluni fatti non siano accaduti<sup>95</sup>. Meno definiti sono i contorni di ciò che può essere inteso come «banalizzazione», all'interno della quale possono essere inclusi sia la minimizzazione in senso quantitativo dei crimini, sia la relativizzazione qualitativa degli stessi. Verrebbero, così, ad essere ricompresi nella fattispecie discorsi che, seppure non neghino direttamente i fatti, avanzano dei dubbi sulla veridicità degli stessi, li sminuiscono ossia li alterano. In riferimento a tali condotte, vengono utilizzati indistintamente i verbi «banalizzare», «sminuire»<sup>96</sup> o «minimizzare» nelle diverse fattispecie penali in materia. Or dunque, come stabilito dalla Decisione quadro europea, questa fattispecie viene limitata dal non poter considerare tutti i tipi di relativizzazione, ma solamente le forme di banalizzazione più gravi<sup>97</sup>.

Le fattispecie penali di alcuni Paesi, considerano, altresì, condotte fondate sull'«approvazione» o sulla «giustificazione» dei crimini. In senso analogo, opera il riferimento alle condotte basate sulla «contestazione» dei fatti, riprendendo la terminologia utilizzata dalla Legge Gayssot francese, nonché da Lussemburgo<sup>98</sup>. Ciò presuppone un ulteriore passo nella valutazione delle condotte criminose: non si tratta, infatti, solamente di «negare» o di «mettere in discussione» l'esistenza di taluni fatti, quanto, piuttosto, di rappresentare gli stessi come accettabili o giusti<sup>99</sup>.

Da parte sua, la Decisione quadro contempla anche la condotta legata alla nozione di «apologia» per il delitto di negazionismo. Si ritiene si tratti di una condotta che presuppone un livello di identificazione con il crimine senz'altro maggiore rispetto alla semplice approvazione o giustificazione del medesimo, dal momento che implica l'«elogiare» il crimine o i suoi autori<sup>100</sup>.

Secondo tale prospettiva, il ventaglio di condotte riconducibili al delitto di negazionismo, accolto dalla maggior parte degli Stati che lo hanno previsto<sup>101</sup>, risulta molto ampio, ricomprendendo fattispecie che vanno dalla mera negazione o relativizzazione dei crimini ad altre che implicano la giustificazione, l'approvazione o l'apologia degli stessi. In proposito, vale evidenziare che si ravvisa immediatamente un problema di deficit di tassatività, una carenza del tutto significativa in relazione alla limitazione della libertà di espressione<sup>102</sup>. Problema particolarmente evidente se si considera il *chilling effect* di fronte alle condotte revisioniste, che potrebbe legittimamente ricondursi all'esercizio della libertà di espressione, rafforzata dalla libertà scientifica. Se si vuole formulare una fattispecie penale specificatamente anti-negazionista, tale problematica pare di difficile risoluzione, considerata la diversità delle forme con cui si presenta il discorso negazionista. In compenso, si potrebbero introdurre, come si vedrà, diverse clausole di limitazione della portata criminosa delle fattispecie tipizzate<sup>103</sup>. Dunque, sebbene non sembri adeguato porre sul medesimo livello condotte caratte-

<sup>95</sup> La Corte costituzionale spagnola ha interpretato la condotta di negazionismo come: «mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o que no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio» (STC 235/2007, F.J. 7º). La Corte di Arbitrato belga ha inteso la condotta di negazione come la volontà di «impugnare» totalmente l'evento storico (Sentenza di 12 luglio 1996).

<sup>96</sup> In proposito, *cf.* la proposta della Commissione per una Decisione quadro in materia di lotta al razzismo e alla xenofobia del 28 novembre 2001.

<sup>97</sup> Ciò veniva richiamato dalla Corte di Arbitrato belga per ammettere la punizione delle condotte maggiormente diffuse, come la minimizzazione (sentenza della Corte di Arbitrato del Belgio, del 12 luglio 1996). Esistono, altresì, Paesi che puniscono qualsiasi forma di minimizzazione. È il caso della Germania, del Lussemburgo o della Repubblica di Slovenia.

<sup>98</sup> In proposito, *vid.* Corte d'appello di Parigi n. 08/00017 del 2 aprile 2009; n. 08/02208, dell'21 gennaio 2009; n. 07/08276, del 18 giugno 2008; n. 01/01445, dell'11 settembre 2002; n. 5571/91 del 1 aprile 1992 (casi riportati da (E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, pp. 51 ss.).

<sup>99</sup> La Corte Costituzionale spagnola ha affermato che, una giustificazione delle condotte negazioniste, è da intendersi come «relativización o la negación de su antijuridicidad partiendo de una cierta identificación con los autores» (STC 235/2007, F.J. 7º). In senso analogo, si v. quanto concluso dalla Corte di Arbitrato belga nella sentenza del 12 luglio 1996.

<sup>100</sup> *Vid.* quanto previsto dalla legislazione di Lettonia o Austria.

<sup>101</sup> Un'eccezione sembra data dalla Francia, nella misura in cui non punisce le mere condotte di «negazione», come accade in altri Stati, se non nell'ipotesi in cui assumano una forma più qualificata, come la «discussione circa l'esistenza di» [*contesté*]. Vale, altresì, richiamare l'esempio della Polonia che punisce esclusivamente la condotta del «negare, in senso contrario ai fatti accaduti», senza contemplare altre forme di approvazione o giustificazione, senza che ciò precluda la possibilità di perseguire tali condotte in relazione ad altre fattispecie penali.

<sup>102</sup> La tassatività di questi precetti era messa in discussione per esempio in Sent. Cort. EDU 17/12/2913, *Perinçek c./Svizzera*, § 71, riferita al tipo penale svizzero del negazionismo che puniva qualsiasi condotta di negazione di genocidi; o, riferita al tipo della Legge Gayssoy, il Comitato dei Diritti Umani dell'ONU criticava anche l'ampiezza della stessa (Comunicazione n° 550/1993: France, caso Faurisson, 16/12/1996 (CCPR/C/58/550/1993)). Dalla sua parte, il Governo ungaro è stato tra quelli che si è posizionato in maniera critica in relazione al deficit di tassatività di questo genere di precetti, seguendo proprio la dottrina della sua stessa Corte Costituzionale, in particolare la sua sentenza n° 18/2004, de 25 di maggio.

<sup>103</sup> Secondo E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 141 la volontà di delimitare l'ambito dell'illiceità sembra quasi impossibile, in quanto: «la frequente confusione fenomenologica delle espressioni, unita all'indeterminatezza di concetti quali la mini-

rizzate da un grado di gravità sensibilmente differente, come possono essere la «negazione» di un crimine e l'«apologia» dello stesso, ciò, di fatto, potrebbe accadere, data la complessità dei discorsi oggetto di questa analisi, in cui spesso si combinano formule meramente negatorie, di banalizzazione o giustificazione dei crimini ed espressioni apologetiche o di elogio. Come visto e come meglio si analizzerà, nella misura in cui il contenuto offensivo si carica della stessa qualificazione offensiva delle condotte, tutte queste azioni possono essere poste su di uno stesso livello. Al fine di rispettare quanto più possibile le disposizioni della Decisione quadro europea, pare, quindi, preferibile aderire ad una definizione ampia delle condotte di rilievo penale riconducibili all'ipotesi di delitto di negazionismo.

### **3.2.2. Il «discutibile» ampliamento dei crimini oggetto di negazione**

Nel difficile bilanciamento tra libertà di espressione e discorsi negazionisti, la considerazione delle condotte criminose previste nella Decisione 2008/913/GAI rappresentano un elemento fondamentale. Infatti, se il negazionismo dell'Olocausto è stato il «*topos*» che ha dato origine alla normativa stessa<sup>104</sup>, essa ha notevolmente ampliato la sua portata riferendosi ad altre fattispecie criminose. La Decisione quadro, in due lettere distinte dell'art. 1, estende le condotte tipizzate, dapprima, ai «crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti negli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale» (art. 1.1.c); in secondo luogo, ai «crimini definiti nell'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale allegato all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945» (art. 1.1.d).

In tal modo, l'elemento tipico della condotta delittuosa sarà determinato anche da azioni (negazione, approvazione...) riferite a taluni «crimini» contro la Comunità Internazionale (quali genocidi, crimini di guerra, crimini contro l'umanità). Vale evidenziare che, solitamente, si tratta di crimini già perpetrati, sicché, in alcuni casi, vengono in considerazione solamente qualora sia già intervenuta una pronuncia giudiziale. Tuttavia, tentando di formulare una specifica fattispecie penale relativa al negazionismo, può sorgere il dubbio se sia opportuno condannare le condotte di apologia qualora riferite in astratto a tali crimini contro l'umanità, ma, di fatto, non riguardanti crimini già commessi<sup>105</sup>.

Vale evidenziare che, tra le varie legislazioni in materia di negazionismo, particolare interesse assumono quelle elaborate solamente da alcuni Stati che hanno deciso di mantenersi fedeli alla ragione ultima della norma, tipizzando solamente le condotte riferite ai crimini della Seconda Guerra mondiale; tra quei Paesi è possibile, a sua volta, distinguere quelli che prevedono una punizione solamente per i crimini legati al Nazionalsocialismo<sup>106</sup> da quelli che condannano anche i crimini perpetrati dal regime sovietico<sup>107</sup>.

Di orientamento opposto sono gli Stati che hanno esteso la sanzione penale a qualsiasi altro crimine contro la Comunità Internazionale (genocidi, crimini contro l'umanità e crimini di guerra)<sup>108</sup>, aderendo completamente all'ampia definizione della fattispecie penale prevista dalla Decisione quadro europea. Pare significativo che, nella proposta della Decisione quadro da parte della Commissione, si distinguessero, da una parte, l'«apologia pubblica», legata alle finalità razziste o xenofobe dei crimini previsti dallo Statuto della Corte penale internazionale; dall'altra parte, le condotte di negazionismo o banalizzazione riferite, in senso spe-

---

mizzazione grossolana o la «contestation», rende illusorio il tentativo di circoscrivere l'area di illiceità selezionando i tipi di espressioni proibite».

<sup>104</sup> Per P. LOBBA l'Olocausto si presenta «(...) come *topos* fondativo» («La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 137) e «la Shoah non è un genocidio come gli altri e gode indubbiamente di un rilievo privilegiato rispetto a tragedie di analogo carattere atroce e massivo, venendo a rappresentare, mutuando parole riferite ad altri fenomeni, un "fattore di unità morale"» (*ibidem*, p. 140).

<sup>105</sup> La negazione o minimizzazione di un crimine vanno necessariamente riferite ad un fatto accaduto, considerando, tuttavia, la possibilità che da ciò tragga origine una più ampia condotta di apologia di reato o giustificazione in astratto degli atti commessi. Tali dubbi sorgono, ad esempio, in relazione al modello spagnolo, nel momento in cui si riferisce in senso generico al delitto di genocidio secondo la fattispecie prevista dal Codice penale spagnolo.

<sup>106</sup> Così viene previsto in Germania, Austria, Belgio, Israele e Francia. Seppure non sia possibile estendere la portata di tali fattispecie penali a crimini commessi al di fuori dell'«Asse europeo», tuttavia, si tratta di ipotesi punibili secondo i criteri e i requisiti previsti dallo Statuto del Tribunale Penale Internazionale, come dimostra il fatto si riferiscano a condotte condannate da altre corti penali. In tal senso, secondo E. FRONZA: «Notiamo, però, come il testo della legge faccia riferimento al concetto generale di crimini contro l'umanità: una nozione la cui estensione, già al tempo del provvedimento di legge, era molto più ampia della sola Shoah, e che, quindi, pone in essere una forte tensione potenziale all'allargamento della norma a ricomprendere altri crimini» (*Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 49).

<sup>107</sup> È il caso della Polonia, della Repubblica Ceca e dell'Ungheria.

<sup>108</sup> Così Lussemburgo, Cipro, la Repubblica Slovacca, la Repubblica di Slovenia, la Lettonia, la Lituania, la Romania e la Bulgaria. La Spagna, con l'attuale formulazione dell'art. 607.2 C.p., sanziona unicamente la negazione dei crimini di genocidio, ma non altri crimini contro la Comunità internazionale, sebbene valga ricordare che vi è una proposta di riforma del Codice penale per estendere il reato anche ai crimini contro l'umanità e legati alla guerra.

cifico, ai crimini della Seconda Guerra mondiale. Tenuto conto di tale distinzione, il discorso negazionista poteva essere punito esclusivamente nel caso in cui si riferisse allo specifico accadimento dell'Olocausto. La formulazione vigente richiama invece la punizione di tutte le azioni tipiche per entrambi i generi di crimini.

Attraverso l'ampliamento delle condotte criminose relative al negazionismo si può osservare la forza espansiva insita in tale delitto, che si allontana dal suo fondamento originario legato alla memoria dell'Olocausto, dal delitto conosciuto come la «menzogna di Auschwitz»<sup>109</sup>. In ogni caso, come già si osservava al termine del paragrafo precedente, se la volontà del legislatore è quella di incriminare il discorso negazionista, pare che l'orientamento più adeguato sia quella adottato dalla Decisione quadro, che prevede la condanna della negazione o giustificazione di qualsiasi crimine contro l'umanità, anche considerato nella sua dimensione astratta, soprattutto nell'intento di abbandonare l'idea che con tale delitto si voglia dare una tutela di natura «straordinaria» alla memoria di un solo tragico evento storico.

### **3.2.3. Ulteriori elementi restrittivi dell'ambito punitivo**

In ultima analisi, vale considerare gli ulteriori elementi che consentano di meglio definire l'ambito interessato dal delitto di negazionismo, nonché la portata del disvalore nel medesimo.

#### **a) Il carattere pubblico**

Il carattere pubblico è un elemento caratteristico dell'iniquità propria dei delitti di provocazione, che ne rafforza la «riprovevolezza» quando si tratti di insulti od altre vessazioni espresse oralmente. In proposito, la Decisione quadro europea stabilisce che la punizione delle condotte tipizzate sia prevista esclusivamente quando le stesse siano realizzate «pubblicamente». Tale requisito è stato sussunto dalle legislazioni dei diversi Stati europei, seppure attraverso formulazioni che presentano lievi sfumature di distinguo (in riunioni pubbliche, attraverso qualsiasi mezzo di diffusione, ecc.)<sup>110</sup>. Si tratta, pertanto, di una clausola di incorporazione quasi obbligatoria nel momento in cui si configura un delitto di tale natura, dato che ci si troverebbe dinanzi ad un evidente eccesso punitivo, qualora venissero colpiti dalla sanzione penale i soggetti che esprimono opinioni negazioniste nella propria sfera privata.

#### **b) Determinazione in via giudiziale dei crimini di negazione attraverso le sentenze delle Corti nazionali ed internazionali**

È stata denominata «clausola francese»<sup>111</sup> quella che trae origine dalla legislazione di questo Paese, ripresa, con alcune differenze, anche da altri Stati<sup>112</sup>. Tale clausola reprime i discorsi negazionisti legati a crimini contro la Comunità internazionale già giudicati da parte di una Corte nazionale od internazionale ossia soltanto internazionale. Una delle principali critiche mosse a questa clausola consiste nel fatto che essa pare salvaguardare in via prioritaria la forza della «verità giudiziale» (o della «autorità giudiziale»), operando

<sup>109</sup> P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 142, definisce l'estensione dell'oggetto delle espressioni incriminate come «il vero punto dolente nell'incriminazione del negazionismo».

<sup>110</sup> Il caso dell'art. 607.2 C.p. spagnolo rappresenta un caso del tutto particolare, in quanto il carattere pubblico previsto nella fattispecie dovrebbe essere dedotto dall'azione di «diffusione attraverso qualsiasi mezzo», venendosi, così, a punire condotte che, seppure non pubbliche, hanno realizzato la detta diffusione tra più persone. La proposta di riforma del C.p. non riguarda tale previsione e non richiama il requisito della pubblicità dell'azione. In altri Paesi, quest'ultimo profilo non si presenta particolarmente problematico, prevedendosi espressamente che la condotta incriminata sia pubblica (Cipro, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Ungheria, Repubblica di Slovenia, Lettonia, Lituania, Bulgaria, Svizzera, Israele) ossia avvenga attraverso mezzi di diffusione pubblica, durante riunioni o in luoghi pubblici (Germania, Austria, Francia, Belgio, Lussemburgo, Portogallo e Romania).

<sup>111</sup> *Vid.* P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 147.

<sup>112</sup> La clausola della Legge Gaysot prevede che i crimini di negazionismo siano stati stabiliti da una sentenza del tribunale di Norimberga, di una corte francese ovvero internazionale. Lussemburgo recepisce tale clausola, seppure con una distinzione: con riguardo ai crimini della Seconda Guerra Mondiale, gli stessi devono essere stati commessi da una organizzazione individuata come criminale dallo Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga o compiuti da un soggetto dichiarato colpevole di tali crimini dalla giurisdizione lussemburghese, straniera o internazionale; in riferimento stabiliti dallo Statuto del Tribunale Penale Internazionale, gli stessi dovranno essere riconosciuti come tali da una giurisdizione del Lussemburgo o internazionale. La Repubblica Slovacca ha accolto la detta clausola in sede di Consiglio europeo, pur non riconducendola ad una specifica fattispecie penale interna. La Lituania opera una peculiare distinzione tra i crimini stabiliti dalla legge lituana o dall'UE, quelli su cui sia intervenuta la sentenza di un tribunale lituano o internazionale e i reati contro la Repubblica. Tanto la Romania, quanto la Spagna, nelle proposte di riforma dei rispettivi codici penali, hanno espresso l'intento di aderire a clausole di questo genere.

una distinzione tra le vittime del delitto in ragione dell'intervento o meno di una pronuncia giudiziale<sup>113</sup>. Del tutto giustificabile risulta, pertanto, non includere questo genere di clausole, che, a posteriori, possono condurre verso una distorsione – piuttosto che verso una corretta definizione – della fattispecie penale.

**c) Riferimento a gruppi di persone o soggetti ad essi appartenenti, individuati in base a razza, colore, religione, ascendenza od origine nazionale od etnica**

Si tratta di una clausola tipica dei delitti assimilabili al «discorso dell'odio» che identifica una serie di «gruppi target», destinatari delle condotte<sup>114</sup>. Si fonda sulla speciale vulnerabilità di questi caratterizzati per condizione razziale, colore, religione, ascendenza o loro origine nazionale o etnica. Si rende necessario distinguere questa clausola tra altre molto simili che tali precetti solitamente riconoscono. Così, per esempio, alcuni paesi riconoscono una clausola molto simile, ma che viene ad indicare «la ragione» o il «carattere» su cui si fonda l'offesa contro il gruppo: l'insulto o la discriminazione deve prodursi per ragione della condizione razziale, etnica o religiosa della persona o del gruppo<sup>115</sup>. Anche se molto vicina, questa definizione può ritenersi distinta dalla caratterizzazione della condotta, richiedendo espressamente un elemento soggettivo alla maniera dell'aggravante razzista: quando la condotta si realizzi per alcuni «motivi concreti»<sup>116</sup>. Bene, tra le distinte possibilità credo che la formulazione della Decisione quadro sia la più adeguata, esigendo che questo tipo di discorso sia «diretto» contro persone e gruppi caratterizzati da alcune peculiari caratteristiche (razza, genere etc...), rafforzando il suo carattere antigiusuridico e, per di più, si potrà già con ciò ritenere susunto il rimprovero tipico dell'aggravante razzista (anche in senso oggettivo).

**3.3. L'offensività della condotta tipica: dalla presunzione di offensività al contenuto del reato volto all'istigazione o all'insulto. Una proposta critica**

L'elemento chiave relativo alla definizione del disvalore del reato di negazionismo si rinviene nella considerazione concreta dell'offensività della condotta. Attraverso la mera descrizione della condotta non risulterebbe, infatti, ben delineato il profilo di ingiustizia contemplato dalla norma; di ciò si sono dimostrati coscienti diversi legislatori europei, seppure non tutti.

In alcuni Paesi si è accolta una fattispecie penale *priva di una specifica «qualificazione» della condotta*<sup>117</sup>, mentre altri ordinamenti hanno incluso nella formulazione della condotta il requisito dell'offensività della stessa, con ciò intendendo la *capacità di provocazione*<sup>118</sup> ovvero il *carattere di insulto, vessatorio o minaccioso*<sup>119</sup> della stessa, ossia *entrambe tali ipotesi*<sup>120</sup>. Come detto, la Decisione quadro europea parte già

<sup>113</sup> Per P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 147, «la clausola 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» e aggiunge che «[l]'oggetto giuridico tenderebbe così ad 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». In tal senso, E. FRONZA ritiene che «[s]i rischia, sostanzialmente, di originare una gerarchia delle memorie storiche e dei negazionismi» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 73).

<sup>114</sup> Recepiscono tale clausola la Bulgaria, Cipro e Malta e, nella proposta di riforma al Codice penale, la Spagna.

<sup>115</sup> È il caso di Portogallo e Svizzera. Nel caso di Svizzera, LANDA GOROSTIZA sosteneva che questa clausola serviva a delimitare il soggetto passivo (*La intervención penal frente a la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 166).

<sup>116</sup> Per esempio, in Austria la dottrina discute se il delitto di negazionismo esige che le condotte si realizzino anche in «senso nazionalsocialista».

<sup>117</sup> Si riferiscono esclusivamente ai crimini della Seconda Guerra Mondiale il Belgio, la Francia, l'Austria, la Polonia, la Repubblica Ceca (che richiama, altresì, espressamente anche un «danno nei confronti della società») e l'Ungheria; si riferiscono, in via generale, ad ogni crimine contro la Comunità internazionale la Spagna, Lussemburgo, la Repubblica Slovacca, la Repubblica di Slovenia e la Lettonia.

<sup>118</sup> La Germania, stabilisce che le condotte siano «idonee a turbare la pace pubblica». La Bulgaria prevede la punizione delle condotte negazioniste quando «creino pericolo di violenza ovvero odio» contro un gruppo individuato in base alla razza, al colore, alla religione, alla discendenza, ecc. In Spagna, la proposta di riforma del Codice penale prevede siano punite tali condotte: «quando promuovano o favoriscano un clima di violenza, ostilità, odio o discriminazione» verso determinati gruppi bersaglio o i membri ad essi appartenenti.

<sup>119</sup> *Vid.* le previsioni in materia di Portogallo e Svizzera.

<sup>120</sup> È il caso di Cipro, che riprende integralmente la Decisione quadro europea, punendo le condotte che, intenzionalmente, siano in grado di turbare l'ordine pubblico o si minaccino lo stesso, siano illegittime od oltraggiose, o, infine, quelle condotte che incitano alla violenza o all'odio contro persone o gruppi. In senso analogo, Malta riprende le previsioni di rango europeo, distinguendo, da una parte, le condotte negazioniste e, dall'altra, quelle idonee a turbare la pace pubblica, minaccino la stessa o siano illegittime od oltraggiose. La Lituania considera queste ultime ipotesi, mentre Israele adotta una qualificazione di carattere soggettivo, prevedendo che tali condotte siano attuate con lo specifico intento di difendere coloro che hanno perpetrato i crimini legati all'Olocausto o di simpatizzare ed identificarsi con costoro.

da una definizione delle condotte negazioniste «qualificate» nella forma della provocazione, che ravvisa la condotta delittuosa «basica» in quella identificata dalla legislazione anti-razzista ed anti-xenofoba, ma che ne consente, comunque, delle ulteriori qualificazioni. La questione non è di scarso rilievo, dal momento che da essa dipende l'individuazione del bene giuridico oggetto di protezione e il giudizio di legittimità a cui le stesse condotte possono soggiacere.

### **3.3.1. Sull'offensività «in sé» delle condotte negazioniste ovvero sulla presunzione della sua pericolosità**

Alcuni Stati hanno optato per costruire il tipo penale senza riconoscere espressamente alcuna qualificazione offensiva della condotta di reato, anche se hanno incluso qualche clausola addizionale per restringere l'ambito della punibilità (specialmente pubblicità e determinazione giudiziale dei crimini negati). È stato il caso, per esempio, belga o francese, anche se riferito «solo» ai crimini della II Guerra mondiale; o più manifesto, il caso della Spagna, che riferisce le azioni tipiche a qualsiasi genocidio. Ma anche molti altri paesi hanno ricorso a tale formulazione<sup>121</sup>.

Il carattere antiggiuridico si incontra insito nelle specifiche condotte negazioniste, per cui la sola realizzazione dell'azione tipica sarebbe idonea a giustificare il rimprovero penale, risultando di per sé offensiva<sup>122</sup>. Ma tale considerazione come «male in sé» del discorso negazionista può giustificarsi: a) perché si intende che qualsiasi negazione di un genocidio è di per sé lesiva dei diritti delle vittime (onore/dignità), in tal caso saremmo di fronte ad alcune condotte che sono considerate dal legislatore come offensive in se stesse (insultanti o vessatorie); b) ammettendo la loro pericolosità «presunta» per provocare atti di reato e ostilità<sup>123</sup>. La domanda sarà allora: *È ragionevole la base sulla quale il legislatore avrà fondato tale componente offensiva sulla mera condotta di negare o approvare un crimine contro l'umanità?* Ora, tale giudizio assoluto di offensività è già difficile da argomentare in forma generale e per lo stesso negazionismo dell'Olocausto; e ancora più infondato appare, a mio parere, per il negazionismo di altri crimini<sup>124</sup>. In tal senso, sulla pericolosità di questo tipo di discorso, sembra oltremodo smisurato stabilire a livello penale una presunzione *iuris et de iure* consistente nel ritenere che le condotte negazioniste risultino idonee a perturbare l'ordine pubblico o a provocare la commissione di atti di reato (o anche di ostilità) contro persone o gruppi. Il legislatore, per di più, ha cercato di castigare l'azione «nuda» come l'espressione di un'idea o con un contenuto determinato, senza il «rivestimento» del contenuto offensivo fuori dalla sua diffusione «pubblica»<sup>125</sup>. E, in tal senso, non credo che esista una base razionale (vista nel senso statistico) che permetta di presumere *ex lege* la connessione causale, in termini di probabilità, tra le mere condotte negazioniste e la commissione di atti criminali contro persone o gruppi<sup>126</sup>. Sarebbe una questione diversa in un «contesto di crisi», ma *de lege lata* questi reati non presentano tale esigenza in nessun paese.<sup>127</sup>

<sup>121</sup> Si veda i paesi menzionati nella nota precedente.

<sup>122</sup> Così, nella nota precedente si è segnalato come un settore dottrinale sostiene che qualsiasi discorso negazionista deve intendersi in ogni caso offensivo.

<sup>123</sup> In questo senso, cfr. M. TROPER, «Derecho y negacionismo...», *op. cit.*, p. 980, «en el caso del negacionismo, el legislador presume que procede de una intención de generar odio, y que es susceptible de tener dicho efecto». P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 133, segnala che le Corti costituzionali tedesche e greche hanno optato per l'opzione legislativa che valuta la «pericolosità in sé delle affermazioni negazioniste». Non entro ora in tale delicata questione, che si affronterà nel seguente paragrafo, se si può fondare il rimprovero penale nella provocazione a compiere azioni che non sono reati.

<sup>124</sup> Inclusi i tribunali che si sono pronunciati in maniera più decisa assumendo il carattere in ogni caso offensivo del negazionismo, come la Corte EDU o il Tribunale Costituzionale tedesco, lo hanno sempre fatto in relazione al negazionismo dell'Olocausto. Questa conclusione si vede rinforzata dalla Sent. Corte CEDU 17/12/2013, *Perinçek c./Svizzera*, in cui la Corte non deduceva dalla punizione di alcuni discorsi negazionisti del genocidio armeno la dimostrazione che gli stessi avrebbero messo in discussione l'ordine pubblico svizzero (§ 75) e, in ogni caso, concludeva che la loro pena non era «necessaria in una società democratica» (§§ 76 ss.).

<sup>125</sup> Si potrebbe chiedersi la legittimità della possibilità di ricorrere ad una formula di pericolo astratto/presunto nel caso in cui il legislatore fosse capace di definire normativamente quelle condizioni in cui questo tipo di manifestazioni sarebbero idonee a creare un pericolo effettivo; qualcosa che è assolutamente complesso delimitare a livello legislativo. A tal riguardo, cfr. G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, p. 161 e E. FRONZA, «Osservazioni sull'attività...», *op. cit.*, paragrafo 4°.

<sup>126</sup> In questo senso, J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 343, che qualifica come «pronóstico imposible», o A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, pp. 34 e ss., riconosce che risulta difficile che la condotta negazionista possa intendersi idonea per se stessa quando l'autore è un individuo che non riveste posizioni di potere nell'apparato istituzionale. Da qui, vietando questo genere di delitti per la loro pericolosità significa produrre il risultato tanto vacuo come il divieto di preparare il terreno psicologico per la generazione di un genocidio o di un generico clima di ostilità, in cui il contenuto antiggiuridico si riduce più ad un imperativo normativo che ad un'autentica constatazione offensiva contro un bene giuridico e che, infine, termina per punire la diffusione di certe idee (così, per esempio, *vid.* L. PICOTTI, «Diffusione di idee "razziste"...», *op. cit.*, p. 437; o ÍD., «Istigazione e propaganda della discriminazione...», *op. cit.*, p. 134). In senso critico, *vid.* M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op.*

Per altro lato, come affermazione generica riferita a tutto il discorso negazionista, può sostenersi che questi tipi di discorsi «urtano la sensibilità» sociale e, specialmente quella dei gruppi delle vittime. Bene, come già si è detto, qualsiasi società che assuma il pluralismo e la libertà di espressione come base non può fondare la punibilità di un determinato discorso sul fatto che lo stesso offenda la «sensibilità» collettiva o il senso del «minimo etico» comune in una società democratica.<sup>128</sup> Nemmeno credo che sia ammissibile ritenere che tutta l'espressione negazionista sia di per sé ingiuriosa, minacciosa, o vessatoria secondo un'ampia formulazione della fattispecie. In definitiva, con questa formulazione tipica si viene a creare «una responsabilità assoluta rispetto alla quale non esiste difesa possibile»<sup>129</sup>.

Tanto è così che i tribunali costituzionali, al momento di riconoscere l'illegittimità di tali tipi di reato, hanno fatto sforzi interpretativi straordinari, che in realtà si sono trasformati in autentiche decisioni manipolative o additive, deducendo contenuti «impliciti» dalle condotte al fine di conferire loro un contenuto minimo di antiggiuridicità materiale e permettere così il controllo ultimo da parte dei giudici. Paradigmatiche in questo senso sono le sentenze dei tribunali costituzionali spagnolo<sup>130</sup> e belga<sup>131</sup>, o dei tribunali ordinari francesi<sup>132</sup>. La Corte Costituzionale italiana, anche se non si è pronunciata su un reato di negazionismo, non (ancora) esistente in questo ordinamento, ha dovuto confrontarsi con problematiche simili con altri delitti<sup>133</sup> costruiti legislativamente come tipi di reato di mera condotta o di pericolo presunto, e che sono stati «ricostruiti»<sup>134</sup> dalla Corte, esigendo una concreta idoneità lesiva della condotta<sup>135</sup>. In senso contrario si è considerata la

---

*cit.*, p. 1135; J. L. DIEZ RIPOLLÉS, «Sobre el delito de negación de hechos históricos», *op. cit.*; G. BENLLOCH PETT, «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, vol. LIV, 2001, p. 190.

<sup>127</sup> Vid. J. M. LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia...*, *op. cit.*, p. 173 e ÍD., «Incitación al odio...», *op. cit.*, p. 318 e p. 342; ÍD., «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, pp. 607 y 22.

<sup>128</sup> Condivido con FRONZA che «[U]na libera manifestazione del pensiero può essere, anzi, deve forse poter essere anche perturbativa, dissonante, divergente rispetto alle "verità" dominanti ed anche rispetto alle verità storiche» (*Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 145), in maniera che anche se si riconosca il potenziale sovversivo e scioccante di idee negazioniste, occorrerà domandarsi «se non è forse questa l'essenza della libera manifestazione del pensiero, ovvero il suo essere pericolosa in quanto capace di modificare e mettere in discussione decodificazioni sedimentate e consacrate di eventi storici significativi» (*ibidem*, p. 145). In questo senso, *cf.* A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, pp. 30 ss.

<sup>129</sup> Sono parole di Rajsoomer LALLAH nel suo voto concorrente alla decisione del Comitato dei Diritti umani della ONU al caso Faurisson (Communication n° 550/1993: France. 16/12/1996 – CCPR/C/58/550/1993), riferite alla formulazione della Legge Gayssot. E che, come ha sostenuto PERIS RIERA, anche in relazione ad un altro genere di delitti ugualmente limite come è la regolazione penale della manipolazione genetica: «Muy pocas garantías ofrecerá el criterio de la necesaria ofensividad si una aplicación inadecuada del principio de legalidad penal se plasma en tipicidades de elasticidad tan grande "que pueden abarcar cualquier comportamiento por alejado que se encuentre de los objetos de protección", con tal actitud del legislador aquellos serán *ratio* pero no "límite" de las incriminaciones» (*La regulación penal de la manipulación genética*, Civitas, Madrid, 1995, p. 87).

<sup>130</sup> Come si è studiato, il tribunale costituzionale spagnolo in STC 235/2007 riconobbe la illegittimità costituzionale di punire la semplice «negazione» del genocidio in quanto non si poteva dedurre da tale azione una «adesione valoriale al fatto criminale», nemmeno poteva considerarsi che con la stessa si perseguiva la generazione di un clima di ostilità e molto meno che era idonea a conseguirlo. In cambio, forzava il tenore letterale dell'azione di «giustificare» per dedurre dall'azione stessa tale elemento «tendenzialmente incitatorio, indirettamente, a tales actos de hostilidad o delictivos» (STC 235/2007, F.J. 9°). In ogni caso, il Tribunale Costituzionale spagnolo esigeva che le condotte rimproverate rappresentino «un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad». La maggioranza della giurisprudenza ordinaria posteriore alla sentenza ha inteso optare per intendere che si tratti di un pericolo astratto (si veda Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, 5/03/2008; sentencia Juzgado Penal de Barcelona n° 11, de 5/03/2010 y Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, 26/04/2010, e più specialmente la sentenza Audiencia Provincial de Barcelona, n° 892, 7/10/2009), sebbene il Tribunal Supremo cercò di rileggerlo come un reato di pericolo ipotetico, esigendo che si verifici almeno l'idoneità dell'azione per porre in pericolo il bene giuridico (STS n. 149, 12/04/2011).

<sup>131</sup> La Corte di Arbitrato belga, nella sua sentenza 12 luglio 1996, per giustificare il tipo penale dedusse quale caratteristica comune alle condotte tipiche il fatto di voler riabilitare una ideologia ostile e offendere le persone. La Corte belga ammetteva la presunzione *ex lege* da tali elementi, ma lasciava aperta la possibilità che si poteva dare prova del contrario.

<sup>132</sup> I tribunali francesi hanno fatto uno sforzo interpretativo nell'applicazione del delitto di negazionismo, fissando alcuni criteri di valutazione che vanno al di là dell'azione tipica e portano a considerare il contesto, i fini e il proprio metodo per dare rilievo tipico alla condotta.

<sup>133</sup> In particolare il delitto di istigazione all'odio tra le classi sociali (415 C.p. it), il delitto di apologia (414.3 C.p. it.) o i delitti di apologia e manifestazioni fasciste inclusi dalla Legge Scelba (l. n. 645 del 20/06/1952) e il delitto di apologia del genocidio (L. n. 962 del 9 de ottobre de 1967).

<sup>134</sup> *Cfr.* G. DE VERO, «Istigazione a delinquere...», *op. cit.* o G. LA CUTE, «Apologia e istigazione», *op. cit.*, p. 2.

<sup>135</sup> Vid. Sent. Cort. Cost. 65/1970, sul reato di apologia (art. 414,3 C.p. it.), la cui punibilità è ammessa nella misura in cui «integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»; o la Sent. Cort. Cost. 108/1974, sul delitto di «istigazione all'odio fra le classi sociali» (art. 415 C.p. it.), che era dichiarato incostituzionale nella misura in cui «non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità». Nello stesso senso, *cf.* Sent. Cort. cost., 1/1957, 15/1973; 19/1962; 87/1966. Non è chiara, tuttavia, la sua posizione nella Sent. Cort. Cost. 74/1958. In relazione ai delitti di vilipendio si può segnalare, Sent. Cort. Cost. 20/1974 e 531/2000. La Corte di Cassazione, da parte sua, non ha ricevuto in maniera omogenea tale giurisprudenza e ha oscillato nel momento di concretizzare la idoneità lesiva e pericolosa esigibile da questi delitti, presentando in alcuni



posizione dei quei tribunali, in particolare della Corte EDU e del Tribunale federale tedesco, che almeno per il negazionismo dell'Olocausto, considerano che questo tipo di espressioni sono in ogni caso insultanti. Una posizione che potrà condurre a essere giustificata in un contesto sociale tedesco<sup>136</sup> - con particolare attenzione al carattere militante di questi ordini costituzionali-; sebbene, per paradosso, il legislatore tedesco non ha voluto andare tanto in là nella sua definizione del tipo *ad hoc* di negazionismo si che ha qualificato la condotta esigendo nel tipo penale la sua idoneità a turbare la pace pubblica. Perché una cosa è che si giunga ad ammettere la privazione della protezione costituzionale al discorso negazionista (al meno quello dell'Olocausto), altra cosa è ammettere che in ogni caso possa essere punito penalmente.

Ciò che è certo è che, alla fine, sia per decisioni interpretative (additive) delle corti costituzionali, sia per la pratica dei tribunali ordinari, negli ordinamenti che abbiano optato per configurare un delitto di negazionismo senza «qualificare» le condotte tipiche (presumendo il suo disvalore insito nella stessa azione di negare o giustificare i crimini), si è dovuto «arricchire» la concezione degli stessi per evitare un puro «reato formale»<sup>137</sup>. Questo ha condotto che *nella pratica giudiziale si sia imposta, per giustificare il disvalore dell'atto -la sua antiggiuridicità-, la necessità di esigere più che la mera constatazione che si era prodotto la negazione o l'approvazione di un genocidio*, come letteralmente prescrivono i tipi penali. Se si considera che, alla luce del contesto, forma e contenuto, lo stesso risulta idoneo a suscitare atti di ostilità o abbia una potenzialità offensiva. Una interpretazione additiva che va in detrimento dei caratteri della determinazione e della tassatività esigibili per qualsiasi norma giuridica restrittiva di un diritto fondamentale, e che per di più se è una norma penale; per cui si rimanda alle critiche svolte nel paragrafo precedente data l'ampiezza delle azioni tipiche. Come avvertiva lo stesso Comitato dei diritti umani della ONU con riguardo alla legge Gaysot, per cui se si «qualifica» come penale una fattispecie che vieta una così vasta gamma di condotte, esiste il rischio concreto che si possa castigare espressioni meritorie di protezione costituzionale<sup>138</sup>. Cosa che sembra incompatibile con un concetto di democrazia aperta<sup>139</sup>.

### **3.3.2. I discorsi negazionisti e il suo carattere di provocazione (in senso improprio). Una critica**

La qualificazione dell'offensività del delitto di negazionismo per cui hanno optato la maggior parte dei Paesi che lo prevedono, si fonda sull'effetto di provocazione<sup>140</sup>. Tale effetto si manifesta, in senso improprio,

---

casi la idoneità come «mera possibilità» a che si commettano delitti (così per esempio, *cf.* Sent. Cass., I, 17/11/1997, Sent. Cass., I, 05/05/1999, n. 8779; Sent. Cass., I, 27/09/1991). Tuttavia, in qualche caso ha mantenuto la presunzione di pericolo. Così, nel delitto di apologia al genocidio la Cassazione ha optato per definirlo come un delitto di pericolo presunto (Sent. cass., I, 29/03/1985, n. 507); o anche il delitto di incitamento a commettere violenza per motivi razziali, etnici ecc. (art. 3.1.b l. 13 ottobre 1975, n. 654, come modificato dalla l. 25 giugno 1993, n. 205) è stato definito come «*un reato di pura condotta e di pericolo astratto, e non essendo revocabili in dubbio*» (Sent. Cort. Cass., I, 26/11/1997). In altri gradi, sono emerse sentenze come la Sent. Tribunale di Milano, 25/02/2003, n. 415 o la Sent. Ass. Milano, 14/11/2001. In dottrina, *cf.* L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 183 e ss e 279 y ss., con una rilettura in chiave costituzionale dei delitti di provocazione; e F. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, *op. cit.*, pp. 171 e ss.

<sup>136</sup>Come segnala M. ROMANO, «Principio di laicità dello Stato...», *op. cit.*, epigrafe 5, anche in altri paesi questo tipo di discorso può risultare idoneo a determinare un pericolo per la pace pubblica, non sembra il caso dell'Italia, dove non si avverte la necessità di una norma di genere. A questo rispetto, si veda anche la posizione della Corte EDU con rispetto del negazionismo di altri genocidi diversi dall'Olocausto in Sent. Cort. EDU 17/12/2913, *Perinçek c./Svizzera*, § 75.

<sup>137</sup>Questo rischio era già temuto nell'approvazione parlamentare della Decisione quadro europea come evidenziò la COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR, *Informe sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal*, 14.11.2007 (A6-0444/2007).

<sup>138</sup>Nella sua decisione del Comitato di diritti umani dell'Onu sul caso Faurisson (Communication n° 550/1993: France. 16/12/1996 – CCPR/C/58/550/1993) lo stesso comitato avvertiva che la Legge Gaysot poteva portare a condanne incompatibili con lo stesso Patto; un deficit di prevedibilità che è stato avvertito dal TEDH analizzando il tipo penale svizzero del negazionismo nella Sent. Cort. EDU 17/12/2913, *Perinçek c./Svizzera*, § 71.

<sup>139</sup>Molto pungente si mostra MERLI quando incrimina senza qualificare queste condotte: «È pur vero che la negazione (ma anche la minimizzazione) dell'Olocausto esprime una subdola forma di antisemitismo, attribuendo implicitamente agli ebrei la responsabilità di averne creato il "mito". Tuttavia la punizione del c.d. negazionismo, della semplice (cioè non qualificata) negazione di un fatto storico, non solo introduce una più incisiva limitazione della libertà di espressione (si incrimina, infatti, non una propaganda razzista, ma una semplice manifestazione di opinione che solo genericamente contiene in sé l'incitamento all'odio, alla violenza o ad atti arbitrari). Apre uno scenario normativo e politico molto lontano dalla logica della democrazia e di una "società aperta"» (*Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 47). O per BARGIACCHI «[p]unire il negazionista in mancanza di tale qualificazione significa, invece, punire la libertà di pensare sulla base della presunzione che chi nega, per ciò solo, è un razzista» («Cenni sulle tendenze...», *op. cit.*, p. 79).

<sup>140</sup>In proposito, si può considerare come qualificazione di base quella definita nella Decisione quadro europea, che prevede la punizione del negazionismo «*quando le condotte possono incitare alla violenza o all'odio contro un determinato gruppo o un membro del medesimo*». La Decisione quadro consente, altresì, di qualificare ulteriormente la condotta, adottando quella che può essere definita la «clausola tedesca» (P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», *op. cit.*, p. 149), richiedendo che le condotte «*addivengano ad una forma che possa dar luogo a turbamenti dell'ordine pubblico*». L'esempio paradigmatico della formulazione tedesca è dato dal

dal momento che il discorso negazionista, per sua natura, si presenta soltanto come una «incitazione nascosta» (o indiretta). Per questo motivo, dare una lettura dello stesso come forma di provocazione esige, da un *punto di vista oggettivo*, il difficile compito di considerare la contestuale presenza di ulteriori elementi per poter stabilire che un discorso che inizialmente non contempla la «forma» dell'incitazione, può, tuttavia, terminare supponendola<sup>141</sup>. Da un *punto di vista soggettivo*, invece, sorgono dei dubbi sul contenuto che integra il dolo (dolo generico, dolo generico «istigatore», dolo legato all'apologia...)<sup>142</sup>. Il vero nodo gordiano resta, comunque, nella definizione del «evento lesivo temuto» in relazione al bene giuridico, e nella forma idonea a rilevare la portata offensiva della condotta stessa (un giudizio di pericolosità concreto, astratto, presunto...).

In concreto, al momento di costruire questi reati come forma di provocazione credo che debba rigettarsi la formulazione di questi tipi penali come «*reati di clima*» o *perturbanti «l'ordine pubblico» per la pericolosità (potenziale) della condotta*. Non si tratta di una pericolosità presunta -il cui fondamento è stato già scartato nel capitolo precedente- ma di un'attitudine «potenziale» a ledere il bene giuridico<sup>143</sup>. In particolare tra questi tipi di condotta, mi riferisco a quelle fattispecie penali il cui precetto esige in maniera specifica che la condotta risulti idonea a produrre «l'evento lesivo temuto»<sup>144</sup>, ciò che a mio giudizio comporta che tale idoneità non può «in ogni caso» ritenersi presunta nella condotta<sup>145</sup>. Una costruzione tipica che mantiene alcune problematiche importanti che la rende difficilmente accettabile a livello costituzionale.

---

delitto della cosiddetta «menzogna di Auschwitz», adottato nel 1994, che stabilisce che le condotte negazioniste presentino «una forma adeguata per turbare la pace pubblica» (art. 130.3 StB). Per una critica alla configurazione del delitto in base a clausole di pericolo collegate al carattere di istigazione del discorso negazionista, si v. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, op. cit., pp. 138 ss. Per un riferimento ai Paesi che hanno adottato questo modello, si v. nota precedente.

<sup>141</sup> L'elemento oggettivo della condotta di provocazione corrisponde alle azioni tipizzate (negare, giustificare, fare apologia dei crimini). Ciò comporta la considerazione di una provocazione «impropria» o «indiretta», dal momento che il discorso non presuppone di per sé una provocazione alla commissione dei suddetti atti, che verrebbero a determinarsi al di là della forma «nascosta» tipica di questo genere di discorsi. Questa pare essere la differenza rispetto alle condotte considerate dalla Decisione quadro europea all'art. 1, lett. a), tutte riferite alla «pubblica incitazione». In altri termini, se non si considera la lett. a) come riferita a forme di «incitazione diretta», le condotte negazioniste contemplate dalla successive lett. c) e d) potrebbero ricadere integralmente nelle previsioni della lett. a), dato che prevede per entrambi i casi il requisito della pubblica intimidazione. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà...*, op. cit., p. 48, critica, tuttavia, tale impostazione, in quanto «non si comprende allora appieno quale sia realmente la fattispecie che si vuole colpire, apparendo il disposto contorno e confuso, in quanto l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di Genocidio, se attuate in modo da istigare alla violenza e all'odio, sono di per sé stesse accomunabili (cioè rientrano a pieno titolo) ai reati fra quelli più genericamente individuati ai due commi precedenti». Si ritiene che tale obiezione possa trovare fondamento solamente nel momento in cui si consideri che la lett. a) si riferisca a forme di provocazione diretta, mentre le lett. c) e d) si riferiscono ad una specifica modalità di provocazione indiretta.

In ogni caso, pare paradossale che «negare» un fatto possa trasformarsi in una «istigazione» al commetterlo. A tal fine, sarà necessario valutare le circostanze dell'azione, per comprendere se, effettivamente, sussista l'elemento dell'istigazione. Non pare considerare tali problematiche D. BIFULCO, *Negare l'evidenza...*, op. cit., p. 46, che si domanda retoricamente: «ma quali altre parole dovrebbe prevedere il discorso negazionista perché si intraveda finalmente, in tale condotta, una "idoneità a fini istigatori del mezzo di diffusione utilizzato"? Sono davvero necessarie parole più esplicite (del tipo: uccidiamo gli ebrei ancora in circolazione)?».

<sup>142</sup> Per quel che concerne l'elemento soggettivo, se l'antigiuridicità della norma si fonda nel pericolo che deriva dalla provocazione, il dolo dovrebbe allora riferirsi anche alla consapevolezza ed alla volontà che altre persone commettano gli atti lesivi temuti. Il dolo dovrebbe essere «arricchito» verificando non solo che il soggetto agente intenda negare od approvare determinati crimini, bensì che, in tal modo, voglia determinare in altri soggetti lo stimolo a compiere determinate azioni. Si tratterebbe di quello che parte della dottrina definisce come «dolo istigatore» o, quanto meno, «dolo apologetico». Sull'elemento soggettivo nei delitti di opinione e di provocazione, v., in particolare, L. ALESANI, *I reati di opinione una rilettura...*, op. cit., pp. 348 ss. In una prospettiva di revisione sulla formulazione dei vari delitti, le attuali condotte tipizzate non sembrano fornire elementi di chiarificazione.

<sup>143</sup> In questo senso, la Corte Suprema spagnola ha detto che si deve verificare per applicare il reato di negazionismo: «un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenerse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a ma medio camino entre aquellos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante»; e aggiungeva, «[n]o se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege» (STS 259/2011). Vid. altresì la posizione di riferimento di VARGAS PINTO chi riferisce «la concurrencia de un peligro real al bien tutelado que no debe ser malinterpretada como la peligrosidad concreta de la conducta o como puesta en peligro concreto» (*Delitos de peligro abstracto...*, op. cit., p. 438).

<sup>144</sup> In questo senso credo che debba essere letta la Decisione quadro che prescrive che le azioni tipiche possono dare luogo a turbative o il tipo tedesco che stabilisce che devono essere «adeguate a turbare». In Germania la dottrina e la giurisprudenza hanno interpretato il delitto di negazionismo come una figura di pericolo astratto anche se il valore dell'idoneità offensiva (*ex ante*) della stessa. Queste conclusioni sono anche estrapolabili da alcune interpretazioni manipolative che, senza condurre all'esigenza di verificare un pericolo concreto, richiedono che i giudici valutino una idoneità offensiva della condotta. Così, in Spagna, secondo quanto visto, la maggioranza della dottrina aveva interpretato il delitto di negazionismo come un reato di pericolo astratto, ma la Corte Suprema, dopo la sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo, apre la possibilità di leggerlo come delitto di pericolo ipotetico (STS 259/2011).

<sup>145</sup> Secondo me, in quei casi in cui la condotta tipica va arricchita con l'esigenza di una idoneità lesiva (così come la turbativa dell'ordine pubblico o la generazione di un certo clima), tale idoneità non può essere fissata dal legislatore come una conseguenza necessaria della realizzazione della condotta. È per quello che credo che, anche si tratti di una «pericolosità dell'azione» che non esige

In primo luogo, occorre considerare che l'offensività delle condotte va ad incentrare il peso del disvalore sull'azione, il quale già presuppone un'anticipazione del giudizio di offensività. Non è che si punisca per l'«evento lesivo» ma per un' «azione» che si considera idonea a ledere. Ma tale idoneità deriva dall'innescarsi di un corso causale psicologico che può condurre, attraverso l'azione materiale di altri, alla lesione del bene giuridico, il che, come è stato detto, allontana il giudizio dal principio di responsabilità penale personale, e per di più la valutazione di tale idoneità potenziale non potrà reggersi su una base empirica di ordine materiale o naturale, ma socio-politica, difficilmente definibile dal legislatore *a priori* o verificabile (*ex ante*) dal giudice. Seguendo JAKOBS si può intendere che si fa rispondere l'autore delle manifestazioni «di una conseguenza *sui generis* del fatto, concretamente di avere creato un «clima» spirituale nel quale possa proliferare la realizzazione di fatti consecutivi e, questi la violazione di norme principali da cui deriva la privazione coattiva dei diritti»<sup>146</sup>. Il che significa che è in gioco l'esercizio di una libertà fondamentale<sup>147</sup>. Da qui importante dottrina ha messo in discussione il ricorso a formule di pericolo astratto o presunto in delitti di opinione, anche se si ammettesse la rottura di tale «presunzione» di pericolosità<sup>148</sup>. Una critica che credo estensibile ai delitti di pericolo potenziale o ipotetico in cui si castiga per la verifica dell'idoneità offensiva dell'azione<sup>149</sup>, senza che conti se sia generato un pericolo «certo»<sup>150</sup>. Infine si terminerà per punire quei discorsi che «potrebbero suonare» come una istigazione capace di creare un «clima» di odio o violenza all'interno di un pubblico minimamente recettivo, ma senza che si sia *effettivamente creato un pericolo*<sup>151</sup> o, neppure per la potenzialità minacciosa o coattiva del discorso<sup>152</sup>. Inoltre, così formulato, il delitto avrebbe ad oggetto la tutela di valori superindividuali contenuto diffuso, difficilmente inquadrabili, come l'«ordine pubblico», la «pace pubblica», un generico «clima o atmosfera di tranquillità pubblica», o quantomeno la «dignità umana» nella sua dimensione collettiva, tutti valori che non sembrano poter fondare legittimamente un limite alla libertà di espressione<sup>153</sup>.

Infine, come riconosceva JAKOBS, questi delitti che puniscono la ricompensa o l'approvazione del delitto presentano il loro contenuto antigiusuridico «o nella necessità di punire il mero sospetto o nell'evidente confusione tra la manifestazione di un'opinione contraria al bene giuridico e la violazione del Diritto. In ogni caso, non può legittimarsi tale fondamento in un regime di libertà»<sup>154</sup>.

un evento, questa dovrà intendersi come una pericolosità *iuris tantum* o come un pericolo ipotetico o potenziale, ma non come una presunzione *iuris et de iure*. Molto interessante a tale rispetto è la rilettura del risultato nei reati a pericolo astratto di VARGAS PINTO, che postula che il contenuto antigiusuridico del delitto a pericolo astratto «se fundamenta en la idea de pérdida de control o dominio por la realización de una conducta concretamente peligrosa de quien tenía el deber de controlarla». In questo senso, el «estado de peligro abstracto» se determina como creación de una «situación de incontrolabilidad» que la norma busca reprimir y evitar» (*Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 438).

<sup>146</sup>G. JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», ID., *Estudios de Derecho Penal*, UAM/Civitas, Madrid, 1997, p. 319.

<sup>147</sup>Come riferisce JAKOBS punendo questo genere di delitti si esige dal cittadino un «sacrificio especial» del suo proprio diritto («Criminalización en el estadio...», *op. cit.*, p. 321); in questo caso, per di più, si richiede il sacrificio di una libertà fondamentale.

<sup>148</sup>In generale, *vid.* S. CANESTRARI, «Reato di pericolo», *Enciclopedia Giuridica. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 8. In particolare riferiti alla configurazione del delitto di negazionismo come un delitto di clima o di pericolo astratto, *vid.* J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 700; M. L. CUERDA ARNAU, «El denominado delito de apología...», *op. cit.*, p. 1142; e B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre los delitos de genocidio...», *op. cit.*, p. 2272. E. FRONZA considerava che l'esigenza di pericolosità per la turbativa della pace pubblica che richiede la fattispecie penale tedesca di negazionismo non sembra allontanare il rischio di incriminazione di pure opinioni («Il reato di negazionismo...», *op. cit.*, p. 40; in senso similare, *Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 34).

<sup>149</sup>Così come si è detto che il Tribunale Supremo spagnolo nella sua sentenza STS 259/2011, del 12 di aprile, così la giurisprudenza tedesca esige una certa «entità» delle condotte per giustificare la loro idoneità offensiva della pace pubblica (in particolare si può vedere la sentenza del 12 dicembre 2000 del *Bundesgerichtshof*).

<sup>150</sup>A questo riguardo molto pungente si è mostrato M. L. CUERDA ARNAU, «Observaciones en torno...», *op. cit.*, pp. 109 e ss., esigendo per una lettura costituzionale dell'apologia che ci sia un'attitudine reale e non meramente potenziale.

<sup>151</sup>Si è criticato per esempio la leggerezza che la Corte di Cassazione italiana che, come avvertiva G. BOGNETTI, «Apologia di delitto punibile...», *op. cit.*, p. 40, in certi casi aveva ridotto tale idoneità alla constatazione che tale discorso poteva a «suonare come una vera apologia di delitto alle orecchie di chi le recepi».

<sup>152</sup>*Cfr.* G. JAKOBS, «Criminalización en el estadio...», *op. cit.*, pp. 313 y ss.

<sup>153</sup>Come sostiene E. FRONZA «I beni giuridici alla cui tutela sarebbe preposta la fattispecie di negazionismo, essenziali anche ai fini del bilanciamento con la libertà di espressione, rinviano a realtà socio-normative poco afferrabili, mostrando un carattere astratto e proteiforme, che può dunque implicare una sensibile retrocessione rispetto ai principi di offensività e materialità ed un distacco dai presupposti oggettivi del diritto penale» (*Il negazionismo come reato*, *op. cit.*, p. 134). L'A. Aggiunge che: «tali nozioni di contenuto fortemente indeterminato non sembrerebbero capaci di selezionare comportamenti effettivamente offensivi, né di assolvere alla funzione di limite alla virtualità espansive della fattispecie di negazionismo cui dovrebbero, invece, positivamente rispondere» (*ibidem*, p. 136).

<sup>154</sup>G. JAKOBS, «Criminalización en el estadio...», *op. cit.*, p. 320. Come esprime quest'autore queste norme di protezione di clima «sólo pueden tener consecuencias nocivas si alguien se deja impresionar por ellas; pero la cuestión de si es éste el caso consti-

D'altra parte, la provocazione potrebbe qualificare la condotta legata al *delitto di negazionismo qualora venisse a configurare un'ipotesi di pericolo concreto*, non limitata ad una semplice descrizione dell'offensività della condotta. Tuttavia, tra i diversi Paesi che prevedono il delitto di negazionismo, solamente la Bulgaria ha optato per questa forma di pericolo concreto<sup>155</sup>, che, in ogni caso, non si presenta scevra da molteplici problematiche<sup>156</sup>.

Volendo configurare questa fattispecie come una forma di provocazione in ragione della concreta pericolosità ad essa propria, si dovrebbe escludere che la stessa trovi giustificazione nella protezione di beni superindividuali ideali (o immateriali), per le ragioni già esposte. Come accade in molti casi, si potrebbe prospettare un delitto di pericolo concreto per l'ordine pubblico o la pace pubblica, nella sua accezione materiale. Tuttavia, rilevante dottrina ha evidenziato la difficoltà di formulare un giudizio di pericolosità concreta con riguardo a beni di tale natura, in quanto, dato il carattere diffuso ed eminentemente politico dei medesimi, il giudizio di pericolosità finirebbe per basarsi non su elementi di causalità naturale o materiale, bensì su previsioni di carattere socio-politico che lascerebbero un eccessivo margine di arbitrio in sede di giudizio<sup>157</sup>. Al fine di superare queste obiezioni, si potrebbe individuare il bene giuridico nel «diritto a non essere discriminati», direttamente connesso alla «dignità umana», come sintesi dei differenti beni individuali che potrebbero essere lesi con la commissione di atti di violenza, odio o discriminazione. Tuttavia, come si è prima considerato, la scelta più adeguata resta quella di identificare il bene giuridico offeso dai delitti di negazionismo con il bene giuridico leso nel caso in cui effettivamente accadessero gli atti invocati nella provocazione. Sarebbe punito così una sorte di atto preparatorio *sui generis*.

Dunque, per formulare il delitto di negazionismo riconducendolo ad un reato di pericolo concreto, sarebbe auspicabile che il «risultato lesivo temuto» fosse sempre realizzato da atti (di violenza o di discriminazione) aventi una portata sufficiente per essere, di per sé, dei delitti, essendo così il bene giuridico tutelato lo stesso dei delitti richiamati dalla provocazione. Inoltre, per circoscrivere ulteriormente la fattispecie delittuosa, si potrebbero meglio precisare quei delitti dei quali si vuole evitare la commissione. Allo stesso modo, potrebbe essere considerato un elemento essenziale della provocazione il fatto che il pericolo sia diretto espressamente avverso un gruppo sociale o i suoi membri, identificati in base a caratteristiche legate alla razza, al colore, alla religione, ecc.

Risulta, inoltre, necessario individuare gli elementi propri del giudizio di pericolosità. Al riguardo, si potrebbe ipotizzare che il «clima di ostilità» divenga il «evento pericoloso» previsto dalla norma, degeneran-

---

tuye en principio, es decir, excepción hecha de niños u otras personas que se encuentren en una situación de inferioridad, un asunto propio de cada uno, puesto que no se ha empleado ningún medio coactivo» (*ibidem*, p. 319). In maniera che questi delitti saranno oggetto di critica «en la medida en que estos delitos no sirvan a la protección de la juventud o no tengan un componente de injusto de intimidación [...] o en la medida en que no sean simples desgloses de otros delitos, lo que ciertamente sucede en parte» (*ibidem*, p. 321). E sempre e quando non si giustificano in maniera transitoria come una conseguenza di una crisi di legittimazione: «La justificación de la protección del clima sólo se puede realizar en relación con tiempos de crisis o, más precisamente, con tiempos de crisis de legitimación, en los que se tiene que tolerar una suspensión pasajera de la libertad a fin de asegurar de un modo tanto más intenso su restablecimiento» (*ibidem*, p. 321). Perché, infine, «[l]a prohibición de la recompensa y de la aprobación es una prohibición de articular una falta de respeto al ordenamiento jurídico. Una prohibición semejante oprime la articulación de la realidad, tan pronto –con buenas o malas razones– se falte realmente al respeto del ordenamiento jurídico» (*ibidem*, p. 319).

<sup>155</sup> Si ricorda nuovamente che la Bulgaria punisce le condotte negazioniste solo nel momento in cui le stesse determinano («*thereby creates*») un pericolo di violenza e odio contro un gruppo definito per razza, colore...». In tal modo, si addivene alla formulazione di un delitto di pericolo concreto che pretende una valutazione che va oltre la condotta tipica e considera la creazione effettiva di una situazione di pericolo contro tali gruppi o i membri ad essi appartenenti.

<sup>156</sup> In proposito, E. FRONZA evidenzia che formulare questi reati secondo un giudizio di pericolo concreto risulterebbe difficile «a causa della natura stessa del reato di negazionismo, allontanare i dubbi sul carattere soggettivo della fattispecie ed i rischi di una applicazione giurisprudenziale differenziata» (*Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 142).

<sup>157</sup> In particolare, sul delitto di negazionismo, afferma E. FRONZA, *Il negazionismo come reato, op. cit.*, p. 144: «Tuttavia, può essere molto difficile fornire la prova del pericolo concreto dinanzi ai proclami negazionisti. A tale difficoltà si aggiunge anche che lo strumento penale non si presta ad essere applicato ad una materia magmatica come quella cui può essere ricondotto il fenomeno del negazionismo, ovvero alla distinzione tra pensiero e azione». *Id.*, altresì, A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 37, che riconosce la difficoltà di procedere ad un giudizio di pericolosità concreta, in quanto i rischi lesivi temuti «sono spesso evento di natura politico istituzionale (eventi macrolesivi), in relazione ai quali, peraltro, sembra difficile poter esprimere un giudizio di idoneità della condotta, se l'autore è un soggetto individuale che non rivesta posizioni di potere all'interno degli apparati istituzionali. In altri casi, si tratta di eventi che richiedono una valutazione di carattere storico, sociologico e politico [...] con tutte le incertezze connotate a questo tipo di giudizio». In generale, sui delitti di opinione politica, *vid.* M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità...*, *op. cit.*, pp. 334 ss., che afferma come: «Le difficoltà di accertamento qui evidenziate si traducono, sul piano della determinatezza della fattispecie, nella incapacità del requisito della idoneità e del pericolo concreto a circoscrivere il fatto punibile in termini sufficientemente certi» (*ibidem*, p. 342); e C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico, op. cit.*, p. 247, secondo cui: «l'accertamento di una concreta esposizione a pericolo diventa molto più incerta, sfuggente, se non aleatoria, in tutti i casi nei quali il bene giuridico di riferimento ha una connotazione prettamente normativo-ideale, ovvero ha un carattere sovraindividuale ad ampio spettro».

do in atti di violenza o di discriminazione («evento lesivo temuto»). Al giudice, nell'applicazione della fattispecie penale, spetterebbe, quindi, verificare se la condotta abbia (effettivamente) generato un «clima di ostilità» verso tali gruppi o membri ad essi appartenenti. Ma come la valutazione del suddetto «clima di ostilità» resterebbe vaga, così come il nesso causale con la (probabile) commissione di azioni delittuose<sup>158</sup>, sarebbe, pertanto, necessario «corredare» di qualche ulteriore elemento il concetto di «evento pericoloso». A tal fine, data l'impossibilità di prevedere, in astratto, situazioni che consentano di configurare gli elementi propri della situazione di pericolo (in altre parole, che determinino il «clima di ostilità»), l'opzione migliore consiste probabilmente nel fattore dell'immediatezza e la probabilità della pericolosità<sup>159</sup>. La fattispecie criminosa in questione sarebbe, dunque, determinata dalla presenza di un pericolo «certo» ed «imminente», con una conseguente restrizione anche dell'ambito di discrezionalità del giudice<sup>160</sup>.

Il dolo del delitto di negazionismo così configurato riguarderebbe, quindi, la volontà di incitare alla commissione delle azioni descritte. Se il disvalore ricade nell'effetto della provocazione, il soggetto agente deve quantomeno essere cosciente di voler incitare altri alla commissione delle azioni delittuose e del pericolo. Nella misura in cui la condotta tipizzata non presuppone una azione propriamente «di incitamento», potrebbe essere necessario fare emergere, ai fini della configurazione della fattispecie penale, la volontà di provocazione come parte integrante del dolo.

Per le ragioni critiche già esposte, non si ritiene opportuno includere, tra gli elementi caratterizzanti l'ambito punitivo, l'intervento di una sentenza sui crimini di negazionismo. Parrebbe, invece, opportuno prevedere che le condotte siano «pubbliche» (o perlomeno diffuse all'interno di una pluralità di soggetti), in quanto elemento tipico delle fattispecie penali riguardati qualsiasi forma di istigazione o provocazione che rafforzi la pericolosità della condotta.

Circa la previsione delle pene, considerando il delitto di negazionismo come delitto «autonomo», esse andrebbero modulate in relazione alla forma *sui generis* di provocazione, connessa agli atti di natura preparatoria del reato a cui si provoca.

Ciò considerato, la fattispecie penale potrebbe essere così formulata<sup>161</sup>:

*«Chiunque pubblicamente neghi, banalizzi in maniera grossolana o giustifichi il genocidio, i crimini di guerra o i crimini contro la pace o l'umanità, creando intenzionalmente [un clima di ostilità che rappresenti]<sup>162</sup> un pericolo certo ed imminente circa la commissione di azioni delittuose di violenza o discriminazione [tipizzate negli Articoli x] contro un gruppo individuato in base alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o origine nazionale o etnica, o contro qualcuno dei suoi membri, sarà punito con la pena alla reclusione fino a 3 anni e/o con una sanzione».*

Nel caso in cui il legislatore mantenga la volontà di fondare il contenuto antigiusdittico sull'effetto provocatore, questo risulta in mia opinione la migliore delle interpretazioni possibili, tanto da un punto di vista costituzionale come da una prospettiva di garantismo penale. Tuttavia, come inizialmente affermato, resta

<sup>158</sup> In proposito, FEIJOO SÁNCHEZ accoglie la proposta di WANDRES sulla reinterpretazione del delitto di negazionismo come una sorta di reato di clima contro la pace pubblica, basato sul pericolo concreto, stabilendo come criterio per comprendere la reale portata del pericolo il fatto che «se crea una concreta situación de peligro para los bienes jurídicos personales de un número indeterminado de individuos en la que hipotéticamente un funcionario de policía estaría obligado a intervenir si estuviera presente» («Rescisión a Die...», *op. cit.*, p. 1196).

<sup>159</sup> Secondo F. MANTOVANI, in tal modo, si supera l'«essenza» del giudizio di pericolosità, considerando una nozione di «pericolo-risultato», come quella *situazione di incertezza* sul fatto si realizzi o meno un certo risultato, provocato e valutato *ex post* in ragione delle leggi di riferimento; avvicinandosi ad una nozione di «pericolo-giudizio», basata sulla probabile relazione tra un fatto e un risultato lesivo, in modo che si possa parlare di pericolo quando, secondo un giudizio *ex ante* e secondo la miglior scienza ed esperienza, sembra probabile che dalla condotta si produca un risultato lesivo. La nozione di pericolo si riconduce, dunque, alla probabilità che si verifichi il risultato lesivo (*Diritto Penale. Parte generale*, 5ª ed., CEDAM, Padova, 2007, p. 203).

<sup>160</sup> Sul punto, si ricorda come C. FIORE affermi che, nel giudizio sulla pericolosità, sia necessario prestare attenzione a «determinate situazioni e condizioni di fatto, a cui si connette un immediato pericolo [circostanze di tempo e di luogo, modalità concrete e tecniche, mezzi e modi, della manifestazione del pensiero]» (*I reati di opinione, op. cit.*, p. 111-112). *Vid.*, altresì, L. ALESIANI, *I reati di opinione una rilettura...*, *op. cit.*, pp. 207 ss.

<sup>161</sup> Si è prima ricordato come il delitto di negazionismo previsto nel Codice penale bulgaro sarebbe, così, configurato:

«Artículo 419a (*New – SG No 33/2011, in force since 27 May 2011*)

(1) *Anyone who in any way whatsoever publicly condones, denies or grossly trivialises crimes against peace and humanity and thereby creates a danger of violence or hatred against a group or a member of a group united by race, colour, religion, descent or national or ethnic origin shall be punished by deprivation of liberty for one to five years.*

(2) *Anyone who incites another to commit an offence referred to in paragraph 1 shall be punished by deprivation of liberty for up to one year.*» (Fonte: Governo bulgaro).

<sup>162</sup> Si potrà del tutto prescindere dal riferimento al «clima di ostilità», dal momento che il giudizio si incentra sulla valorizzazione dell'immediatezza e certezza del (probabile) accertamento del «evento lesivo temuto» (più che del evento pericoloso in sé considerato).

notevole la difficoltà di configurare come forma di provocazione ciò che, in realtà, non lo è: se risulta problematico interpretare l'apologia come una possibile forma di provocazione, ancor più problematico è considerare tutte quelle condotte che non configurano apologia (consistenti nel negare, banalizzare, approvare o giustificare determinati fatti).

Non si presentano di facile risoluzione nemmeno le problematiche sulla definizione del dolo e dell'elemento oggettivo del reato di negazionismo, e il deficit offensivo potrebbe trovare soluzione ponendo l'accento sul giudizio di pericolosità concreta, in cui rientrano tutti i fattori che consentono di valutare la probabilità del pericolo «certo» (o effettivo) e «imminente», in grado di produrre delitti di discriminazione o violenza.

In ogni caso, circa il delicato confine della pena nei confronti degli atti preparatori al delitto, come critica generale ai delitti di provocazione in quanto fattispecie penali autonome, si dovrebbe ricordare che essi partono da un presupposto «paternalista», dal momento che un soggetto non viene punito per aver interrotto un «corso naturale», generando, in tal modo, una situazione di pericolo, quanto perché quest'ultima deriva dalla capacità di «suggestione» o di «persuasione al crimine» da parte del soggetto stesso nei confronti di altre persone, che, «autonomamente», possono addivenire ad azioni delittuose; ciò obbliga ad estendere i criteri di imputazione della responsabilità penale all'azione compiuta da parte del singolo soggetto<sup>163</sup>. Considerazioni che dovrebbero indurre qualsiasi legislatore, per quanto fermo nelle proprie posizioni, a considerare un diverso contenuto anti-giuridico del delitto, anziché riportare in vita «vecchi» fantasmi, seppure rivestiti con «nuovi» abiti<sup>164</sup>.

### **3.3.3. Deficit di offensività nella configurazione come delitto a «dolo specifico». Inaccettabile anticipazione della tutela penale**

Ci si potrebbe chiedere se è legittimo configurare il delitto avvalendosi della tecnica del «dolo specifico»; in modo che al posto di richiedere la idoneità dell'azione per produrre l'evento lesivo, il disvalore si incentra sull'intenzione del soggetto. Si castigheranno quelle condotte negazioniste realizzate «con il proposito di generare un clima di ostilità» contro certi gruppi sociali o suoi membri (o di turbare la pace pubblica)<sup>165</sup>.

Questa possibilità interpretativa comporterà una forma di «delitto a dolo specifico di offesa», se consideriamo che la condotta negazionista risulta in sé stessa inoffensiva, o un «delitto a dolo specifico di ulteriore offesa», da intendersi che la condotta negazionista si che risulta per sé stessa offensiva e che il dolo

---

<sup>163</sup> Si tratta di una delle principali critiche mosse ai tali delitti di opinione, che finiscono con il responsabilizzare anche i soggetti a cui «semplicemente» sono state rese note le opinioni medesime, dal momento che il pericolo di lesione deriva dalle autonome condotte di costoro. Afferma VIVES ANTON: «no cabe imputar a los actos de expresión las consecuencias que de ellos deriven a causa de las acciones de otros realizadas en virtud de un proceso de deliberación racional y libre y que, por tanto, no cabe limitar la libertad de expresión sobre la base de los daños que, eventualmente, puedan producir tales acciones» (*Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 824). *Vid.*, altresì, J. M. LANDA GOROSTIZA, «La llamada mentira de Auschwitz...», *op. cit.*, p. 702, secondo il quale: «[i]mputar la decisión delictiva concreta a la "provocación" genérica implica la presunción de que los receptores del mensaje carecen de autonomía y madurez para decidir por sí mismos cómo reaccionar ante tales manifestaciones»; ciò, secondo l'A., implicherebbe «una extensión desmesurada e inaceptable de los criterios de imputación de responsabilidad que desconoce de raíz la autonomía de la voluntad y la mayoría de edad de los ciudadanos a quienes, dicho de forma negativa, se considera "menores de edad" que no podrían resistir sus impulsos criminales ante la invocación genérica a sumarse a una "actitud" hostil, discriminatoria, violenta o de eliminación genocida». L'A., pertanto, preferisce una lettura del delitto che ne evidenzi il possibile elemento giustificatorio, come se si trattasse di condotte legate ad una situazione sociale «eccezionale». V., altresì, B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Rescisión a Die...», *op. cit.*, p. 1203, secondo cui: «No se puede crear responsabilidad ilimitadas por desatar cualquier curso causal no improbable, sobre todo cuando media el comportamiento responsable de terceras personas», e, considerando tali delitti come ambientali, specifica che «la única forma de fundamentar materialmente un injusto penal en estos casos sería entendiendo estas tipificaciones específicas como tipos de corrupción o protectoras de la infancia y la juventud [...]». El problema dogmático reside en que los tipos de corrupción son paternalistas por ello sólo son legítimos en referencia a quien todavía necesita de una protección paternalista» (*ibidem*, p. 1204).

<sup>164</sup> Tali problematiche sono state, in realtà, richiamate da una parte, piuttosto risalente, della dottrina, che interpretava i delitti in questione come forme (seppure indirette) di provocazione al reato. Per quanto possa apparire un'interpretazione che consente un progresso nella ricerca di un fondamento all'offensività legata all'apologia come forma di provocazione, per fare in modo che la stessa non si presenti come un «delitto formale» circa la diffusione di idee o opinioni a favore di delitti generici o di taluni criminali, resta, tuttavia, un «progresso» di scarso rilievo.

<sup>165</sup> In questo senso, il Protocollo addizionale alla Convenzione sulla cyber-delinquenza relativa alla penalizzazione di atti di indole razzista e xenofoba commessi per mezzo di strumenti informatici, permette che le condotte di negazionismo si castigano solo quando si commettono con «con la intención de incitar al odio, la discriminación o la violencia contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico...» (art. 6.2.a).

specifico viene a realizzare una funzione restrittiva di punibilità da un fatto già di per sé meritevole di sanzione penale<sup>166</sup>.

Seguendo la linea largamente mantenuta in questo studio, per quanto odiosi o ripugnanti che possano risultare i discorsi negazionisti non intendo che per sé stessi considerati giustifichino la sanzione penale e risultino per offensivi. Pertanto, se si costruirà la fattispecie penale come una forma a dolo specifico noi ci troveremo nella prima categoria, che come il Professor MANTOVANI afferma si tratta di una deroga al principio di offensività con funzione preventiva<sup>167</sup> approssimandoci molto al diritto penale di autore, e per di più è in gioco una libertà fondamentale.

Se nel paragrafo precedente si è respinta la legittimità dell'incriminazione per le difficoltà di fondare oggettivamente l'idoneità offensiva della condotta, a maggior ragione quando si pretende argomentare solo sulla base dell'elemento soggettivo. Di modo che anche questa rappresenterà una forma di tutela anticipata illegittima.

### **3.3.4. Ex malis minor: il reato di negazionismo come delitto di offesa in ragione del carattere vessatorio o di insulto nei confronti di membri appartenenti a un gruppo sociale. A sostegno di un dolo specifico. Il modello portoghese**

Al momento di elaborare una proposta per una adeguata formulazione del delitto di negazionismo, si parte da un presupposto più volte illustrato nel corso della presente analisi: l'incriminazione delle condotte negazioniste riguarda *la libertà di espressione, motivo per il quale un ordinamento aperto e personalista si ritiene debba fondare il limite alla restrizione di tale libertà nella tutela di un bene giuridico di natura individuale*. Questo bene giuridico è, per definizione, «l'onore», che, secondo una visione personalista, può essere rafforzato dal valore della «dignità umana», dal principio di uguaglianza e dal diritto a non essere discriminati. Quindi, se si vuole punire il discorso negazionista, *il fondamento dell'antigiuridicità deve cercarsi sulla sua capacità offensiva di beni personali delle vittime di tali crimini o in generale delle persone e dei gruppi sociali che li soffrono e che si trovano in una particolare situazione di vulnerabilità*<sup>168</sup>.

Così le cose, propongo di costruire il reato di negazionismo sul disvalore del carattere vessatorio o degradante del discorso per una per un membro di un gruppo sociale, e riconoscendo anche legittimazione come soggetti passivi agli enti rappresentativi del gruppo, ma conferendo al giudice la possibilità che valuti nel caso concreto se il discorso in questione riveste tale potenzialità offensiva. Questa proposta si avvicinerrebbe alla qualificazione come espressioni «minacciose, abusive o insultanti» riconosciuta dalla Decisione quadro<sup>169</sup>. Risalta all'attenzione come tra i paesi che hanno incriminato le condotte negazioniste solo il Portogallo, dentro le frontiere europee, e la Svizzera fuori di quelle, hanno adottato tale tipizzazione penale<sup>170</sup>.

La condotta tipizzata, come già definito in senso ampio dalla Decisione quadro europea, si inverte nelle azioni del «negare», «banalizzare in modo grossolano» o «giustificare» pubblicamente i delitti di genocidio, i crimini di guerra o i crimini contro la pace o l'umanità. E nemmeno risulta opportuno restringere l'ambito punitivo alle ipotesi delittuose già accertate con sentenza. Una volta riconosciuto tale disvalore nel

<sup>166</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, op. cit., p. 213.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

<sup>168</sup> In proposito, vid. SSTC 214/1991 e 76/1995.

<sup>169</sup> È chiamata la clausola inglese P. LOBBA, «La lotta al razzismo nel diritto penale...», op. cit., p. 150, già che riconosce la qualificazione offensiva pretesa per punire in generale questo tipo di discorso in Inghilterra (anche se, come già segnalato tale paese non presenta tale reato specifico). Questo era anche il fondamento della pena secondo l'azione comune 96/443/JAI che reclamava la punibilità delle espressioni negazioniste nel momento in cui comportano un comportamento umiliante o degradante per un gruppo di persone. Per un altro lato, il fondamento del contenuto dell'antigiuridico così riconosciuto sarà simile a quello riconosciuto in Spagna per il delitto di incitamento al terrorismo quando punisce le condotte di «realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares» (art. 578 Cp.).

<sup>170</sup> In concreto il Portogallo punisce le condotte negazioniste come una forma particolare di espressioni diffamatorie o insultanti o qualificate per il dolo specifico: «Artículo 240: (1) *The following shall be punished by a prison sentence of one to eight years:*

[...] (2) *Anyone who commits the following acts, at a public meeting, through a written document intended for publication or through any form of media or information system intended for publication, with the intention of inciting or encouraging racial, religious or sexual discrimination, shall be punished by a prison sentence of six months to five years:*

[...] b) *defaming or insulting a person or group of persons due to their race, colour, ethnic or national origin, religion, sex or sexual orientation, in particular through the denial of war crimes or crimes against peace and humanity; or [...]*» (Governo Portogallo).

Anche la Svizzera riconosce la punibilità delle condotte negazioniste come parte di una fattispecie penale con carattere generale che punisce condotte denigratorie o discriminanti di una persona o gruppo per ragioni di razza, etnia in modo che risulti pregiudizievole per la dignità umana. Poi ci sono quegli altri Stati che, come si è indicato, ciò che hanno fatto stabilito due modalità offensive. Si veda nota anteriore.

carattere vessatorio della condotta avverso un gruppo sociale o dei suoi membri, non ha senso creare differenze tra le vittime di genocidi su cui sia o meno intervenuta una pronuncia giudiziale.

La qualificazione offensiva della condotta sarà determinata, appunto, dal suo carattere «vessatorio», «di insulto» nei confronti dei membri di un gruppo sociale<sup>171</sup>. Escludo la qualificazione come «minacciosa», in quanto ci allontanerebbe dal bene giuridico dell'onore che si porrebbe al centro della carica offensiva della figura delittuosa. Bene, una questione importante è che all'esigere una qualificazione offensiva si dovrà valutare in maniera effettiva che il discorso presenti una «forza» tale come da poter essere considerata un vero pregiudizio del bene giuridico dell'onore o della dignità umana. Pertanto, non si tratta di vietare discorsi «acidi» o «molesti» né di «cattivo gusto», ma che presentino una forza come per umiliare o vessare. Per di più, per rafforzare il disvalore dell'azione per la dignità umana e per il principio di uguaglianza, ponendo questa figura in relazione con altri delitti di odio, si può stabilire che la condotta sia «diretta contro gruppi di persona o suoi membri individuati in relazione alla razza, colore, religione, ascendenza nazionale o etnica»<sup>172</sup>.

Come complemento del disvalore del delitto, anche se non si ha bisogno di restringere di più l'ambito di punibilità, si può richiedere l'esistenza di un dolo specifico, proiettato sulla volontà che si commettano atti di violenza o discriminazione contro il gruppo, o che si generi un clima di ostilità. In questo caso, si tratterà di un «delitto a dolo specifico di ulteriore offesa», in cui il contenuto offensivo si determinerà per il carattere vessatorio della condotta. Incorporare questo dolo specifico, come fa la legislazione portoghese, conduce all'obbligo del giudice di indagare sulle motivazioni soggettive, oltre la mera volontà di ingiuriare. Come argomento a favore, il dolo rinforzerà il disvalore dell'atto, anche sia da un punto di vista soggettivo, il che permette di giustificare il maggior livello di pena tipico di questi tipi di reati. Si dovrà intendere che il disvalore proprio dell'aggravante razzista sarà sussunto nel dolo specifico tal come si è presentato. È anche un segno al legislatore che appare preoccupato a identificare il discorso negazionista con la provocazione all'odio, la discriminazione o la violenza.

La pena potrà stabilirsi secondo un margine alto (fino a due anni di prigione e/o multa) che permetta al giudice di graduare la pena in funzione della gravità dell'offesa<sup>173</sup>, anche in misura minore rispetto a quanto ne sarebbe derivato laddove si configurasse tale delitto a pericolo concreto, laddove la diversità dei delitti ai quali si poteva provocare giustificava elevare la sanzione al massimo di pena dentro la forchetta edittale della Decisione quadro.

Riassumendo quanto detto, la fattispecie penale potrà formularsi nel seguente modo:

*«Chiunque, con l'intenzione di promuovere un clima di ostilità contro un gruppo sociale o i suoi membri individuati in base alla razza, colore, religione o all'ascendenza o origine nazionale o etnica, pubblicamente neghi, banalizzanti in maniera grossolana o giustifichi il genocidio, i crimini di guerra o i crimini contro la pace o l'umanità, in forma dispregiativa o vessatoria, sarà punito con la pena alla reclusione fino a 2 anni e/o con una multa».*

Questa proposta credo che combini un'adeguata individualizzazione del bene giuridico che definisce il limite della libertà di espressione, situandolo tra l'onore e la dignità umana in un senso individuale, e una sufficiente qualificazione offensiva. Per di più, si soddisfa così la finalità politico-criminale tendente a collocare il delitto specifico di negazionismo nel genere dei delitti propri del «discorso dell'odio» (per questo l'inclusione delle referenze ai gruppi obiettivi e il dolo specifico). In tal modo ci troveremo di fronte ad un delitto proprio della legislazione contro il razzismo e la xenofobia che si collocherà dentro i limiti costituzionali e formulato secondo una tecnica legislativa adeguata. Si potrà criticare, in ogni caso, che non è necessario

<sup>171</sup> A questo riguardo, WANDRES segnala alcuni inconvenienti di tale lettura, per un lato, l'intendere che le condotte meramente negazioniste e incluso l'incitamento di autori di crimini difficilmente presuppongono un'ingiuria, e dall'altro le difficoltà insite nei delitti di ingiuria collettiva (B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Rescisión a Die...», *op. cit.*, pp. 1192 y ss.). Anche critica la diffamazione collettiva per la difficoltà di riferire l'onore ad una collettività di persone M. MANETTI, «L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione...», *op. cit.*, p. 107. Invece, come si pone in evidenza nelle SSTC 214/1991 e 76/1995, può essere adeguata la punizione dei discorsi negazionisti nel caso che si evidenzino il loro carattere umiliante.

<sup>172</sup> Mi conformo in questo punto al modello portoghese che qualifica la condotta insultante ma esigendo che questa sia «dovuta» a ragione di razza, colore, religione, il quale verrà a duplicare l'elemento soggettivo. Nella misura in cui l'elemento soggettivo del delitto già va ad essere abbastanza rinforzato, credo sia migliore aderire alla clausola della Decisione quadro e attraverso di essa definire il soggetto passivo del delitto.

<sup>173</sup> In Spagna, per esempio, si punisce con pena da uno a tre anni o multa la condotta di «difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones» ex art. 510.2 Cp. Mi sembra eccessivo elevare la pena fino ai tre anni di reclusione quando in Spagna un delitto di calunnia si punisce con pena dai sei mesi ai due anni di prigione o multa (art. 206 Cp.) e la ingiuria con la sola multa (art. 209 Cp.). Il reato di incitamento al terrorismo ha una pena da uno a due anni di prigione (art. 578 Cp.) In Italia, da parte sua, nella sua formulazione basilica il delitto di ingiuria è punito con la pena della reclusione di sei mesi o multa (art. 594 Cp. It) o fino ad un anno o con la multa nel caso della diffamazione (art. 595 Cp. it.) o con la reclusione da due a sei anni in caso di calunnia (art. 368 Cp. it.).



ampliare l'arsenale punitivo già esistente, e che al fondo tali figure nascondono i vecchi reati di vilipendio –e personalmente, condivido tale critica. Per questo, si è segnalata la necessità che si accerti il carattere *effettivamente* insultante o vessatorio e il carattere individuale del bene giuridico. Ma si deve evitare che si cada nella mera tutela di «sentimenti collettivi», di «turbative sociali» o nella salvaguardia di «valori» condivisi che possano terminare convertendo lo Stato in Chiesa<sup>174</sup>.

\*\*\*

Come conclusione ultima sulla politica criminale che pretende criminalizzare il reato di negazionismo, pare potersi affermare che quel cavallo di Troia<sup>175</sup> determinato dai delitti di matrice fascista, così come previsti dagli artt. 414 e 415 c.p. italiano, che erano rimasti nell'ambito della «città aperta» costruita dal nuovo quadro costituzionale, è stato utilizzato per legittimare nuovi delitti recanti le tracce di vecchie concezioni illiberali. Le proposte dirette a sanzionare le espressioni negazioniste nell'attuale dibattito politico-sociale italiano ne sono il miglior esempio. In proposito, si condivide quanto affermato da MERLI, che, seguendo l'orientamento espresso da F. CARRARA, conclude: «In una società democratica matura, non rientra nella competenza dello Stato il compito di educare coercitivamente i cittadini adulti ai valori sociali dominanti (aperti al dibattito pluralistico), convertendo il diritto penale “in uno strumento di santificazione dell'anima”»<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup>Con gran forza lo afferma ESPOSITO: «Contro il tentativo di dedurre dall'obbligo di fedeltà alla Repubblica la sussistenza di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero sta la considerazione che solo la arbitraria identificazione della Repubblica con un complesso di dottrine potrebbe giustificare in nome della fedeltà all'una l'obbligo di aderire alle altre, e trasformare lo Stato in una Chiesa con i suoi dommi da garantire contro gli infedeli» (*La libertà di manifestazione...*, *op. cit.*, p. 52).

<sup>175</sup>Vid. C. FIORE, «I reati di opinione», *op. cit.*, p. 18.

<sup>176</sup>A. MERLI, *Democrazia e diritto penale...*, *op. cit.*, p. 29. In senso contrario, *vid.* D. BIFULCO, *Negare l'evidenza...*, *op. cit.*, p. 112, che conclude ammettendo una limitazione alla libertà di espressione, in quanto, a differenza di quanto accade in altri Paesi, le democrazie europee sono «relativamente giovani, immature e segnate dall'esperienza fascista, nazista, totalitaria».