



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di diritto penale 2

DIRITTO DI MANIFESTARE
LIBERAMENTE IL PROPRIO PENSIERO
E REPRESSIONE PENALE
DEL “NEGAZIONISMO”

RELATORE

Prof. Enrico Gallucci

CORRELATORE

Prof. ssa Francesca Minerva

CANDIDATA

Paola Vascello

Matr. 117033

Anno accademico 2018/2019

INDICE

CAPITOLO I: LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO

INTRODUZIONE	4
1. Origine della libertà di manifestazione del pensiero: cenni	7
1.1. <i>Natura giuridica</i>	8
1.2 <i>Il significato dell'art 21: ambito oggettivo</i>	10
1.3 <i>Il profilo attivo e passivo della libertà di manifestazione del pensiero: la libertà di informazione e il diritto di cronaca</i>	12
2. I limiti alla libertà di manifestazione del pensiero	17
2.1 <i>Il limite esplicito: il buon costume</i>	22
2.2 <i>Il limite del rispetto della dignità umana</i>	26
3. La libertà di manifestazione del pensiero nelle materie privilegiate: l'art 33 della Costituzione	31

CAPITOLO II: IL CONFINE INCERTO TRA LA PAROLA PERICOLOSA E LA CRIMINALIZZAZIONE DEI REATI DI OPINIONE

1. I reati di opinione.....	35
1.2. <i>L'incriminazione delle opinioni dal periodo liberale alla legislazione repubblicana</i> ...	37
1.3 <i>I reati di opinione nella giurisprudenza costituzionale</i>	41
1.4 <i>La riforma sui reati di opinione: focus sulla legge n.85 del 2006</i>	43
2. Definizione	48
2.1 <i>I reati di provocazione: l'istigazione, apologia e propaganda</i>	50
3. Reati di opinione e costituzione.....	54

<i>3.1 Il problema della materialità della condotta.....</i>	<i>55</i>
<i>3.2 Il difetto di offensività dei reati di provocazione.....</i>	<i>58</i>
<i>3.3 La (in)determinatezza dei reati di pensiero.....</i>	<i>62</i>

CAPITOLO III: DAL NEGAZIONISMO COME FENOMENO AL NEGAZIONISMO COME REATO

1. Il fenomeno negazionista: concetto, origini e distinzione dal revisionismo.....	63
<i>1.1 Il discorso negazionista nel diritto penale: una prospettiva comparata.....</i>	<i>66</i>
2. Il fenomeno negazionista nella dimensione sovranazionale.....	70
<i>2.1 Il volto europeo della fattispecie di negazionismo: la decisione quadro 800/913/GAI..</i>	<i>72</i>
<i>2.2 Il negazionismo nella giurisprudenza di Strasburgo: il caso Perinçek.....</i>	<i>76</i>
3. L'adattamento dell'ordinamento italiano alle spinte incriminatrici derivanti dall'Europa ...	83
<i>3.1. Il travagliato iter normativo della fattispecie di negazionismo</i>	<i>84</i>
<i>3.2. L'introduzione della fattispecie nel codice penale: continuità normativa?</i>	<i>91</i>

CAPITOLO IV: DALLA DIBATTITO SULL'APPROVAZIONE ALL'ANALISI DEL PRECETTO PENALE

1. La natura giuridica della fattispecie: circostanza aggravante o reato autonomo?	94
<i>1.2. Le ricadute applicative della qualificazione come circostanza o come reato autonomo</i>	<i>96</i>
<i>1.3. Tentativo di risposta alla luce dei criteri di distinzione</i>	<i>99</i>
2. Quale offesa al bene giuridico	104
3. L' elemento oggettivo: la condotta	108
<i>3.1 Il concreto pericolo di diffusione.....</i>	<i>111</i>
<i>3.2 L'elemento materiale: la Shoah ed i crimini internazionali.....</i>	<i>116</i>
4. L'elemento soggettivo. Consumazione e tentativo	122

Rilievi conclusivi.....	125
BIBLIOGRAFIA	131
GIURISPRUDENZA.....	146

INTRODUZIONE

Il presente contributo si propone di riflettere sulla rilevanza penale del negazionismo.

Con questo termine si intendono quelle espressioni che negano, minimizzano o giustificano gli accadimenti storici relativi all'Olocausto e ad altri crimini internazionali.

L'attenzione dedicata al tema, come dimostrano i numerosi studi effettuati negli ultimi anni, è dovuta al fatto che il fenomeno negazionista, considerato vettore di intolleranza, discriminazione ed antisemitismo, è in costante aumento nelle società contemporanee.

L'allarme suscitato da questa diffusione, unitamente alla pericolosità di tali affermazioni per la salute del discorso pubblico¹, ha spinto diversi ordinamenti e la stessa Unione europea ad intervenire con lo stigma della sanzione criminale. Anche l'Italia, prima rientrate nel novero dei paesi che non prevedevano una fattispecie ad hoc, si è allineata alle sollecitazioni provenienti dall'Europa, in particolare alla Decisione Quadro 2008/913/GAI sulla "lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale", rendendo punibili le condotte negazioniste.

L'idea alla base di quest'orientamento punitivo è quella di non riconoscere tutela a quelle espressioni che si pongono in radicale contrasto con il nucleo di valori sul cui riconoscimento sono sorte le attuali democrazie.

Il disvalore del negazionismo sta nella circostanza che quest'affermazione nega proprio il valore di quegli eventi che sono stati assunti dagli ordinamenti democratici come fondativi della democrazia stessa. E ciò in quanto l'Olocausto, o meglio la sua memoria poiché "patrimonio comune e ammonimento fondamentale"², rappresenta l'avvenimento fondatore, il referente dei valori e dei diritti costituenti la società contemporanea.

Se rispetto all'Olocausto la repressione si giustifica in quanto la negazione colpisce le basi post-belliche dei sistemi politici attuali, rispetto agli altri crimini internazionali la repressione rinviene legittimazione nel fatto che queste atrocità destabilizzano il processo di rinnovamento delle democrazie basato su un nuovo sistema di valori, al centro dei quali si colla il rispetto dei diritti umani.

¹ Tale pericolosità si desume dal fatto che, mentre in passato il discorso negazionista poteva riferirsi ad un uditorio ristretto, oggi la diffusione è resa più insidiosa dalla circostanza che tali tesi possono circolare più facilmente grazie ai social media e ad internet.

² FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 166.

In quest'accezione la memoria di quegli eventi storici non rappresenta solo un fatto culturale, ma un elemento costitutivo della stessa sfera pubblica; e per questa ragione, tale memoria assurgendo a fondamento del sistema, deve essere protetta contro un suo affievolimento, il quale non potrebbe non condurre ad un sovvertimento degli assetti politici e culturali.

Torna allora attuale il tema della democrazia che si difende, ma in un contesto mutato, soprattutto per il diritto penale, che sempre più spesso è chiamato a predisporre "soluzioni" su fenomeni allarmanti, che il dibattito pubblico non è più in grado di contenere. Lo *ius punendi* viene allora considerato lo strumento privilegiato per affermare valori universalmente condivisi e per rafforzare quell'identità che nella società contemporanea, guidata dal multiculturalismo, si sta progressivamente affievolendo.

Se questo è il quadro di riferimento, si comprende la complessità del tema di cui si discute. E ciò soprattutto per la limitazione che in tal modo subisce la libertà di espressione.

Certamente, il negazionismo ripropone un "eterno problema", sul quale la discussione non si è mai del tutto sopita: l'individuazione di un limite oltre il quale non è più possibile tollerare l'espressione di un pensiero. In tal senso, il fenomeno in questione, svela la fragilità dei sistemi democratici e pluralisti. Questi con l'intento di tutelare la centralità dei diritti umani fondamentali per il patto costituyente, finiscono inevitabilmente per rendere recessivo un altro valore fondante di ogni democrazia, la libertà di manifestazione del pensiero.

Una conseguenza, questa, legata alla circostanza che il negazionismo è un delitto di opinione, poiché la condotta consiste in un *dicere*, cioè nell'espore un punto di vista, un giudizio su un evento storico realmente accaduto.

Dunque, la riflessione sulla rilevanza penale del negazionismo non può non considerare l'impatto che tale norma produce per i principi del nostro sistema costituzionale.

Il primo quesito che solleva la repressione del negazionismo è se sia legittimo punire chi nega l'esistenza di accadimenti di massima ingiustizia. La risposta a tale cruciale interrogativo non può che richiedere una più approfondita riflessione sulla portata della libertà di espressione e sui limiti ad essa legittimamente apponibili, e non può essere fornita senza considerare sullo sfondo i reati di opinione esistenti nel nostro ordinamento.

Da un punto di vista più strettamente penalistico, le perplessità riguardano la tecnica di formulazione della fattispecie incriminatrice che sia rispettosa dei principi di un diritto penale del fatto - quali quelli di materialità della condotta, di offensività e tipicità- e il ruolo che il giudice e il processo penale assumono nell'accertamento del reato.

Tensioni e aporie accompagnano tale scelta incriminatrice, non solo sotto il profilo tecnico-formale, cioè il modo in cui la fattispecie è formulata da parte del legislatore, ma soprattutto in relazione al profilo politico-criminale. È davvero opportuno, oltre che legittimo rispondere al negazionismo mediante lo strumento penale?

Nel tentativo di fornire una risposta a tale interrogativo, la presente indagine, dopo aver analizzato la garanzia costituzionale della libertà di parola e il rapporto tra parola “pericolosa” e reati di opinione, si concentrerà sul fenomeno del negazionismo. Quest’ultimo sarà analizzato sia da un punto di vista sociologico, al fine di comprendere le caratteristiche del fenomeno e le sue diverse tipologie, sia da un punto di vista prettamente giuridico. In quest’ottica prima di dedicare l’attenzione all’analisi del precetto introdotto dal legislatore italiano – che costituisce il fulcro del presente elaborato – si esamineranno le spinte di criminalizzazione derivanti dall’ordinamento comunitario, in vista del peso da queste assunte nell’introduzione del reato nel nostro ordinamento.

CAPITOLO I: LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO

SOMMARIO: 1. Origine della libertà di manifestazione del pensiero: cenni – 1.1 Natura giuridica – 1.2 Il significato dell'art 21: ambito oggettivo – 1.3 Profilo attivo e passivo della libertà di manifestazione del pensiero: libertà di informazione e diritto di cronaca. –2. I limiti alla libertà di manifestazione del pensiero– 2.1. Il limite esplicito: il buon costume – 2.2 Il limite della dignità umana – 3. La libertà di manifestazione del pensiero nelle materie privilegiate: l'art. 33 della Costituzione

1. Origine della libertà di manifestazione del pensiero: cenni

Pietra angolare degli Stati di matrice liberale è la libertà di manifestazione del pensiero.

Sebbene alcuni autori sostengono che essa “è un valore occidentale, scoperto e affermato dal pensiero greco”³, il suo riconoscimento è avvenuto in tempi relativamente recenti. La libertà di manifestazione del pensiero ha trovato la sua prima affermazione nell’Inghilterra del XVII sec., dapprima come *freedom of speech* all’interno del Parlamento, successivamente come situazione giuridica riconosciuta anche nei confronti dei cittadini. In Inghilterra la libertà di manifestazione del pensiero non fu mai affermata in un atto positivo, ma solo negativamente attraverso l’abolizione della censura. Ebbe un riconoscimento positivo solo con le costituzioni del ‘700, in particolare nella Dichiarazione francese dei diritti dell’uomo– il cui art. 11 affermava “la libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo”- e nella Costituzione americana, il cui I emendamento afferma che il Congresso non può restringere la libertà di parola e di stampa.

In Italia la prima ammissione della libertà in parola risale allo Statuto Albertino, il cui art. 28 riconosceva che “la stampa sarà libera, ma una legge ne reprimerà gli abusi”, e con riferimento alla stampa religiosa che “le bibbie, i catechismi, i libri liturgici e di preghiera non potranno essere stampati senza il preventivo permesso del Vescovo”. La norma, seppur riconoscendo i principi della riserva di legge e del divieto di ricorrere a misure preventive, attribuisce alla libertà in esame una tutela limitata, dovuta anche al carattere flessibile dello Statuto e all’assenza di un sistema di controllo di legittimità costituzionale.

La dittatura fascista limitò ancora di più la libertà in esame, soprattutto nel campo della stampa.

³ SARTORI G., *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 174.

Il principio della libertà di manifestazione del pensiero è oggi enunciato ex art. 21 della Costituzione, il quale recita espressamente: “Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”.

1.1. Natura giuridica

La libertà in esame è uno dei principi cardini del nostro ordinamento democratico. Più volte la Corte Costituzionale ha ribadito che essa è "tra quelle libertà che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale⁴" sottolineando che “fra i diritti primari e fondamentali” quello sancito nell’art 21 della Costituzione è forse "il più alto", vera e propria "pietra angolare del sistema democratico⁵".

Come ha affermato autorevole dottrina “a nulla varrebbe assicurare le altre libertà (personale, di domicilio, di riunione, di associazione, di religione, etc.) se allo stesso tempo, non si desse ai cittadini il diritto di esprimere le loro opinioni, i loro giudizi, le loro valutazioni in campo politico, culturale, religioso, economico ⁶”. La libertà di manifestazione del pensiero è infatti condizione essenziale per lo sviluppo dell’individuo e per la sua realizzazione personale.

La posizione tradizionale concepisce questa libertà in negativo, come emblema dei diritti dell’uomo contro l’autorità, cioè come forma di garanzia contro le ingerenze dello Stato dirette ad impedire o limitare la libera circolazione delle idee⁷.

In questa prospettiva, la ragione del suo riconoscimento si rinviene nella tutela delle minoranze, dell’anticonformismo, di manifestazioni non accette ai valori e forze dominanti. E ciò si desume dal fatto che la libertà delle maggioranze non ha avuto mai bisogno di reclamare protezione nei confronti dell’autorità: “nessuna società avrà mai nulla contro le manifestazioni della sua maggioranza più o meno silenziosa e ben-pensante”⁸.

Il risvolto positivo della libertà di espressione, così concepita, è l’assetto individualistico del relativo diritto, il quale viene riconosciuto all’uomo in quanto tale “indipendentemente dai

⁴ Corte Cost. n. 9/1965, in *Giur. Cost.* 1965, p. 79

⁵ C. cost. n. 84/1969 in *Giur. Cost.* 1969, p. 1175 ss.

⁶ MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 665 ss.

⁷ BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, in Enc. Dir., XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 428. Nello stesso senso DELITALIA G., *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Iustitia*, 1959, pp. 383 ss.

⁸ PULITANÒ D., *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giustizia*, 1970, p. 188.

vantaggi o svantaggi che possano derivarne allo Stato, indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e delle funzioni connesse a tali qualifiche⁹”. Assetto che troverebbe conferma nel carattere personalista della nostra Costituzione e nell’inviolabilità dei diritti che l’art. 2 della Costituzione attribuisce all’uomo e alle formazioni sociali, senza menzionare l’interesse dello Stato quale elemento atto a condizionarli¹⁰.

A tale impostazione si è contrapposta la c.d. concezione funzionale, che predilige la necessità dell’ordinamento rispetto al bisogno dell’individuo quale risvolto positivo della libertà di espressione. Secondo la tesi in questione, il pensiero opera come strumento per il conseguimento di finalità collettive, sociali e pubbliche, con la conseguenza che l’esercizio di questa libertà implica esercizio di una funzione sociale e diviene garanzia di partecipazione dell’individuo alla vita sociale. Così, la libertà di espressione nata come “libertà da” si trasforma in “libertà di”¹¹. A parte che lo stesso concetto di libertà funzionale appare una “*contradictio in adiecto*”¹², occorre tener presente che in tale modo si finisce per svuotare di significato la garanzia costituzionale in quanto si finirebbe per subordinarne la portata ai voleri del potere politico che si avvicenda in un determinato momento storico. Infatti, la maggiore obiezione che può porsi alla teoria funzionale è che da essa potrebbe derivare una preclusione contenutistica del pensiero espresso a tutela delle ideologie prevalenti, o meglio dominanti¹³.

A ben vedere, il nucleo del problema risiede nel rapporto tra bisogno dell’individuo e necessità dell’ordinamento: se è vero che il concetto individualistico della libertà viene prima della caratteristica funzionale - i cittadini non potrebbero partecipare alla vita sociale e politica se non venisse loro riconosciuta la libertà di parola - non può, tuttavia, negarsi che nei sistemi democratici “la garanzia di buon funzionamento poggia proprio sulla più ampia libertà di manifestazione del pensiero, essendo essa che alimenta la forza sociale di base, che è la pubblica

⁹ ESPOSTO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958, pp. 9 ss.

¹⁰ BARILE P., *op. cit.*, p. 428. Nello stesso senso GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, p. 55.

¹¹ In tal senso si vedano PIZZORUSSO A., *lezioni di diritto costituzionale*, il Foro Italiano, Roma, 1984; AMATO G., Libertà (dir. cost.) in *Enc. Dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 272; BARBERA A., *Le libertà tra “diritti” ed “istituzioni”*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Giuffrè, Milano, 1977; ESPOSITO C., *op. cit.*, pp. 22 ss.

¹² BALDASSARRE A., in *Enc. Giur*, voce *Libertà (problemi generali)*, vol. XIX, Ist. Enc. It., Roma, 1990, p. 15.

¹³ BARILE P., *op. cit.*, p. 429 ritiene che la concezione funzionale può essere accettata solo se si intende l’aggettivo funzionale in termini metodologici, che prescindono da ogni preclusione di contenuti e anzi pongono “la diffusione di ogni ideologia quale momento irrinunciabile del metodo democratico”.

opinione¹⁴". Per cui la libertà di manifestazione del pensiero è contenuto stesso della democrazia e rappresenta un indice di democraticità dell'ordinamento.

Conclusivamente, non sembra potersi accogliere l'asserzione di quanti individuano un *prius* e un *posterius* tra libertà di espressione e democrazia, essendo la prima contenuto della seconda, e questa condizione indispensabile della prima¹⁵. E proprio in ciò consiste il "privilegio", rispetto alle altre libertà, riconosciuto alla garanzia costituzionale¹⁶.

1.2 Il significato dell'art 21: ambito oggettivo

Controversa è l'individuazione del contenuto della libertà in parola, essendo questo condizionato dalle conclusioni che si accolgono relativamente alla natura del diritto. In prima approssimazione si potrebbe dire che l'art. 21 riconosca il diritto di comunicare il proprio pensiero ad una sfera indeterminata di destinatari.

Proprio l'ampia portata della garanzia costituzionale ha spinto dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sul significato del termine "pensiero"¹⁷: cioè se ad esso sia da attribuire un significato ristretto – limitato al pensiero astratto - o un significato comprensivo di manifestazioni espressive di carattere emotivo.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha a lungo sostenuto che esulano dalla garanzia costituzionale quelle forme espressive che trascendono il puro pensiero, e si concretizzano piuttosto in un incitamento all'azione, o l'eccitamento ad un puro stato emozionale¹⁸. L'articolo in esame garantirebbe unicamente le manifestazioni dirette a sollecitare nei destinatari

¹⁴ MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, CEDAM, Padova, 1969, p. 972.

¹⁵ Di avviso contrario è ESPOSITO C., che individua un ordine prioritario laddove afferma che: "non la democraticità dello stato ha per conseguenza il riconoscimento di quella libertà, sicché possa determinare la funzione e i limiti, ma che le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà porta tra le tante conseguenze anche alla affermazione dello Stato democratico", op. cit. p. 12.

¹⁶ LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Utet, Torino, 1970, p. 465.

¹⁷ Enc.Treccani: "La facoltà del pensare, cioè l'attività psichica mediante la quale l'uomo acquista coscienza di sé e della realtà che considera come esterna a sé stesso".

¹⁸ Così C. Cost. n. 100/1966, sull'art. 327 c.p. "La norma impugnata non viola neppure l'art. 21 della Costituzione. L'eccitamento al dispregio delle istituzioni, inteso nel senso sopraindicato, si può estrinsecare con mezzi diversi, ma, anche allorquando si attui con la parola e con mezzi di persuasione, non perde quel carattere di impulso, e di principio di azione, diretto ad offendere, che lo qualifica e vale a differenziarlo nettamente dalla manifestazione del pensiero".

un'attività di pensiero, ossia una manifestazione che consente al pensiero di evadere da sé stesso e di assumere una vita propria. Nei casi in cui “vi è un contegno che si dirige causalmente sulla volontà altrui, incoraggiandola al compimento della condotta istigata¹⁹”, non si avrebbe una manifestazione rientrante nella libertà di pensiero, quanto una manifestazione consistente in un'espressione di volontà.

Tale interpretazione ha comportato l'esclusione dal novero delle manifestazioni tutelate dall'articolo in esame, dell'istigazione, dell'eccitamento al dispregio delle istituzioni, delle grida e delle manifestazioni sediziose, della propaganda e dell'apologia²⁰. Si tratterebbe dei c.d. “limiti logici” della libertà, insiti nel concetto medesimo di pensiero²¹.

Una simile differenziazione non sembra tuttavia condivisibile se si considera che ogni manifestazione del pensiero può condurre all'azione²². Accogliendo l'opinione più ristretta si finirebbe per escludere tutte le manifestazioni emozionali, ancorché non offensive e si giungerebbe ad attribuire al legislatore il potere di vietare liberamente le azioni umane, pur in assenza di altri interessi costituzionalmente rilevanti.

Non è esatto ritenere che “la Costituzione attribuisca alle leggi potestà di discriminare pensiero da pensiero e di vietare le manifestazioni per il loro contenuto, perché in via di principio proprio

¹⁹ ZUCCALÀ G., *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in Bettiol G., ed al. (a cura di), *Legge penale e libertà di pensiero*, Cedam, Padova, 2006, p. 81 ss.

²⁰ Si vedano rispettivamente: C. Cost. 27 febbraio 1973, n. 16; C. Cost. 11 luglio 1966, n. 100; C. Cost. 8 luglio 1957, n. 120; C. Cost. 6 luglio 1966, n. 87; C. Cost. 4 maggio 1970, n. 65.

²¹ Del concetto di “limite logico” la Corte Costituzionale ha fatto inizialmente uso per rigettare i dubbi di illegittimità costituzionale di alcune disposizioni del codice. Nelle sentenze più recenti (n. 123/1979; n.16/1981) emerge tuttavia un superamento di tale limite logico, nella sentenza 65/1975 in cui afferma che: “L'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti”. In dottrina la possibilità di configurare limiti logici alla libertà di manifestazione del pensiero è stata sostenuta in particolare da FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957, p.113 ss. Secondo altra parte della dottrina l'unico limite logico della libertà di manifestazione del pensiero sarebbero le c.d. manifestazioni soggettivamente false, ovvero le menzogne, le quali ben potrebbero configurare ed integrare fattispecie criminose di reato, quali truffa o falso ideologico, espressamente previste nel codice penale.

²² Sul legame tra pensiero e azione v. HOLMES O.W., *Opinioni dissenzienti*, Milano 1975, p. 98, il quale sostiene che “ogni idea è un incitamento”.

questo potere è negato alle leggi²³”. E con ciò si vuole sostenere che i limiti posti dal legislatore ordinario non potranno essere desunti dalla natura della libertà di pensiero, ma dovranno trovare fondamento e giustificazione in altre norme costituzionali.

Dunque, anche le manifestazioni poc'anzi esposte costituiscono ontologicamente manifestazione del pensiero, e ciò, naturalmente non significa che siano tutte aprioristicamente legittime, ma che l'esistenza di limiti deve essere ammessa solo ove essi siano diretti alla tutela di altri interessi costituzionali, quali, ad esempio il buon costume, il metodo democratico, la libertà di iniziativa economica, la salute etc.

Gli aspetti ora descritti non sembrano autorizzare l'interprete a definire, sulla sola base del contenuto, quali manifestazioni del pensiero rientrano nella garanzia costituzionale e quali ne sono escluse. Infatti, come ha affermato la Corte Europea dei Diritti Umani, la libertà di espressione abbraccia anche idee che “che offendono, disturbano o colpiscono lo Stato o qualsiasi settore della popolazione”²⁴.

La tutela costituzionale deve essere concepita nel senso più ampio possibile, comprensiva di qualsiasi forma espressiva sia dell'intelletto che dell'emozione²⁵, tanto da estendersi anche al pensiero altrui.

1.3 Il profilo attivo e passivo della libertà di manifestazione del pensiero: la libertà di informazione e il diritto di cronaca

Dall'ampia formulazione dell'art. 21 Cost. dottrina e giurisprudenza hanno tratto il riconoscimento del diritto di cronaca, sino a giungere a configurare una più ampia libertà di informare.

Di libertà di informare si parla con due significati: come diritto ad informare il prossimo, cioè a comunicare e diffondere idee e notizie, e come diritto dei destinatari ad essere informati e ad accedere alle informazioni.

È da sottolineare come in nessuno dei due aspetti la libertà di informazione risulta espressamente disciplinata dal Costituente, il quale, inteso a rimuovere divieti piuttosto che ad affrontare le implicazioni sociali della libertà di espressione, sembra avere guardato più alle esperienze del

²³ ESPOSITO, C., op. cit., p.23

²⁴ CorteEDU, n.5496/72, *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976.

²⁵ FROMM, E., *Fuga dalla libertà*, Mondadori, Milano, 1970, p. 240.

passato che alle prospettive del futuro²⁶; differentemente l'art. 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo in cui si afferma che la libertà di espressione include “[...] *la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera*”. La formulazione dell'art. 10 Cedu è stata ripresa dalla Carta di Nizza, il cui art. 11 ribadisce l'inclusione della libertà di informare nell'ambito della libertà di espressione, e ne riconosce il profilo passivo²⁷.

Superate le risalenti posizioni che negavano copertura costituzionale al diritto di cronaca, in quanto fattispecie diversa dal puro pensiero, da intendersi nel senso di opinione, la dottrina è pacifica nel ritenere che la libertà di informare sia direttamente riconosciuta e garantita dall'art. 21 Cost., se non altro per le difficoltà pratiche che si riscontrerebbero nel distinguere l'espressione di opinioni dalle comunicazioni di notizie.

Più complessa appare la problematica legata alla componente passiva della libertà all'informazione, intesa come diritto a ricevere notizie e quindi ad essere informati e il diritto a ricercare informazioni.

Nel suo significato di diritto a ricevere notizie parte della dottrina ha ritenuto l'esistenza di un diritto soggettivo, dal momento che si presenta come l'altra faccia della medaglia della libertà di manifestazione del pensiero, nel senso che limitare il diritto ad essere informati si tradurrebbe in una limitazione del diritto di diffondere le notizie stesse²⁸.

Sul versante dell'interesse a ricercare le informazioni, si nega la sua ricostruzione come diritto soggettivo poiché esso andrebbe a scontrarsi con il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, che implica, come abbiamo visto anche la libertà di tacere e di selezionare le informazioni da diffondere²⁹.

²⁶ PALADIN, L., *Libertà di informazione*, Utet, Torino, 1979, p. 4 e ss.

²⁷ L'art. 11 della Carta di Nizza recita: “*Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera*”.

²⁸ Si veda sul punto PACE, A., MANETTI M., *Art. 21 Rapporti civili*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2006, pp. 345 ss., in cui l'autore afferma che la libertà di informarsi nasce di fatto dall'esercizio della libertà di informare, ancorché non sia assistita da una tutela diretta a livello costituzionale.

²⁹ La soluzione al problema deriva anche dalla tesi, a cui si aderisce circa la natura individuale o funzionale della libertà di espressione. Tuttavia, anche chi sottolinea la rilevanza del “risultato sociale” connesso all'esercizio della libertà di pensiero, nega che il riconoscimento di tale libertà deve essere inteso in “funzione” di quel risultato.

La giurisprudenza costituzionale ha consolidato il dibattito dottrinale, riconoscendo un diritto generale all'informazione, indirettamente protetto dall'art. 21 e garantito dall'esistenza di un sistema di "pluralità delle fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee"³⁰.

In tal modo si viene a riconoscere nell'art. 21 la proclamazione del principio del "pluralismo ideologico" che costituisce pacifico patrimonio comune della cultura liberale dell'occidente³¹.

Il diritto all'informazione è argomento strettamente collegato col diritto di cronaca, che nasce come corollario della libertà di espressione.

L'inclusione del diritto di cronaca nella libertà di manifestazione del pensiero deriva, da un lato dalla circostanza che la libertà di pensiero comprende anche quella di riferire il pensiero altrui, e dall'altro dalla considerazione che in mancanza di una simile ricomprensione la libertà di informare sarebbe sprovvista di copertura costituzionale.

Lo *ius narrandi* è il diritto di riferire notizie e pensieri prevalentemente altrui, è una narrazione aliena da qualsivoglia valutazione. Da esso differisce il diritto di critica che invece si traduce nell'espressione di un giudizio personale³².

³⁰ C. Cost. 15 giugno 1972, n. 105, in *Sent. ord.*, 1972, 1, p. 412; ancora nella sentenza 348/1990 ha sottolineato che "l'informazione nei suoi aspetti attivi e passivi esprime [...] una condizione necessaria per l'attuazione della forma propria dello Stato democratico".

³¹ Anche la Corte costituzionale parla di "pluralismo ideologico" quando afferma che "la Costituzione garantisce il pluralismo informativo quale diritto sociale". La Corte ha però precisato che "tutti" abbiano diritto di esprimere il proprio pensiero "con ogni mezzo", non può significare che tutti debbano avere la materiale disponibilità di tutti i possibili mezzi di diffusione, ma vuol dire, che a tutti la legge deve garantire la giuridica possibilità di usarne o di accedervi, con le modalità ed entro i limiti resi necessari dalle peculiari caratteristiche dei singoli mezzi o dalla tutela di altri interessi costituzionalmente apprezzabili (n. 105/1972).

³² Il diritto di critica si differenzia dal diritto di cronaca, in quanto non si concretizza nella narrazione di fatti, ma nell'espressione di giudizi o più genericamente di opinioni. Il critico dunque fornisce un'interpretazione soggettiva di fatti e di comportamenti. La giurisprudenza ha sostenuto che rispetto al diritto di critica (Cass. pen., sez. V, n. 25138/2007) non si pone il problema della veridicità delle asserzioni usate e i limiti scriminanti sono solo quelli della utilità sociale della notizia e della continenza. La tesi giurisprudenziale suscita qualche perplessità se si considera che è difficile immaginare una narrazione completamente asettica del fatto. Nella pratica spesso accade che l'esposizione di fatti sia resa insieme alle opinioni, e proprio in virtù di una tale coesistenza sarebbe più opportuno applicare i criteri scriminanti del diritto di cronaca. Con si vuole affermare che sussiste per l'articolista l'obbligo di esercitare la propria critica su dei fatti dei quali ha verificato la corrispondenza al vero. Si veda sul punto PELISSERO M. *Diritto di critica e verità dei fatti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992; AMATO G., *Basta evitare azzardate congetture personali per invocare l'esimente del diritto di cronaca*, in *Guida al diritto*, 2001; FOIS S.,

Una volta stabilita l'esistenza, il problema fondamentale diventa quello di distinguere le fattispecie in cui la cronaca è legittimamente esercitata da quelle in cui l'esercizio del diritto si risolve nella lesione di altri interessi privati, quali la riservatezza e l'onere.

op. cit. p. 202; VERDE. F., *Diffamazione a mezzo stampa e l'esimente dell'esercizio del diritto*, Cacucci editore, 2010, p. 164 "Sarebbe contraddittorio pretendere che la critica- intesa quale espressione di un giudizio o di un'opinione fondata su un'interpretazione di fatti e comportamenti- fosse assolutamente obiettiva; [...] è un po' troppo ampio il divario tra l'inesistenza del limite della verità e l'onere di assoluta oggettività, nel senso che nel mezzo potrebbe almeno starci il rispetto di quel nucleo di verità del fatto oggetto della critica". Per la giurisprudenza v. Cass. pen. n. 5941/2000; Cass. pen. n. 6419/2004; Cass. sez V., n. 1933/2004; Cass. pen. n. 12807/2005. Cass. pen. n.7662/2007 "limitatamente alla verità del fatto non sussiste alcuna differenza tra l'esimente del diritto di critica e quello del diritto di cronaca, costituendo per entrambe presupposto di operatività".

Rappresenta un'ulteriore estrinsecazione del diritto all'informazione la satira, che trova il suo fondamento negli artt. 21 e 33 Cost., che tutelano rispettivamente la libertà di pensiero e quella di elaborazione artistica e scientifica. La satira è stata concepita come *tertium genus* rispetto alla critica e alla cronaca, (condividendo con la prima l'espressione di valutazioni, e con la seconda la portata informativa) la cui caratteristica distintiva risiede nell'utilizzo di forme espressive ironiche, quali la vignetta e la caricatura, aventi il fine di suscitare ilarità nei destinatari della comunicazione.

La satira non risponde a finalità informative, quanto piuttosto si riferisce a fatti noti che vengono riportati in maniera ironica. Ad essa non potrebbero applicarsi i limiti della cronaca e della critica, in quanto sarebbe difficile verificare la continenza espressiva di un linguaggio simbolico e paradossale. La satira stessa è per definizione incontenente e pertanto non può obbedire ai criteri di equilibrata espressione.

Questo, però non significa che la satira non incontra limiti. Vi è anzitutto un limite logico, quello della notorietà del personaggio, e in secondo luogo un limite attinente alla forma dell'espressione che non può tradursi in insulto o in invettiva (v. PEZZELLA V., *La diffamazione. Responsabilità civile e penale*, Utet giuridica, 2009, p. 569; PACE A., PETRANGELI F., *Voce cronaca e critica (diritto di)* in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 2001; per la giurisprudenza Cass. sez. V, 2 gennaio 1992; Trib. Roma, 5 giugno 1991, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992, p.64; Trib. Milano 7 aprile 1997, in *Giur. it, I, 1997 p. 409* "Il diritto di satira costituisce una delle forme di manifestazione del pensiero, caratterizzata dall'intento di suscitare la ilarità nei destinatari, che svolge una funzione di controllo sociale verso il potere con l'arma del sorriso e alla quale non possono applicarsi i criteri per la liceità della cronaca, fatto salvo il limite dell'eventuale contenuto denigratorio delle affermazioni").

In senso contrario è stato ritenuto che anche la satira deve rispettare il limite dell'utilità sociale della notizia e della verità, potendo assumere la stessa anche un contenuto informativo in relazione alla collocazione e al contesto in cui è avvenuta la pubblicazione. La satira dovrebbe basarsi su un fatto vero: tale diritto non potrebbe riconoscersi qualora venisse attribuito al personaggio in questione fatti non solo lesi del suo onore ma anche falsi. (v. BENEDETTI. V., *Il diritto di satira fra libertà di espressione e tutela dei valori della persona*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 1996).

La giurisprudenza ha individuato alcuni criteri relativi all'esercizio legittimo del diritto di cronaca³³, si tratta: della "utilità sociale" della notizia, consistente nella rilevanza oggettiva del fatto narrato; della "verità" della notizia³⁴; della "continenza", ovvero della forma civile dell'esposizione.

Desta alcune perplessità il requisito della verità, in quanto si è osservato in senso critico come esso non sia sufficiente a legittimare le manifestazioni contrarie alla dignità sociale della persona³⁵. Alcuni autori ritengono che il requisito della continenza risulti ancora più indeterminato del primo, lasciando all'interprete un'ampia discrezionalità³⁶.

Più che di verità o verosimiglianza, secondo il "nuovo orientamento" della giurisprudenza, occorre che sia rispettato un certo grado di diligenza e scrupolosità nell'apprendimento della notizia³⁷. In quest'ottica sarà necessario disporre un controllo ex post sulle fonti di informazione. Come afferma autorevole dottrina "la verità discriminante la cronaca è la verità quale appresa dal giornalista, o attraverso la sua presa diretta di coscienza del fatto o attraverso una fonte di

³³ Al riguardo si veda Cass., sez. I, 5259/1984, definita dalla dottrina "sentenza-decalogo proprio per la sua funzione di "pietra miliare" dell'argomento in esame; Cass., sez. III, 6902/2012, in cui ha stabilito che: *"sussiste l'esimente dell'esercizio del diritto di cronaca (nella specie giudiziaria) qualora il titolo dell'articolo attribuisca alla persona offesa - nei cui confronti penda un procedimento penale - una condotta avente riscontro negli atti giudiziari e nell'oggetto dell'imputazione e corrispondente al contenuto dell'articolo"*; Cass., sez. III, 16111/2013 in cui ha enunciato il principio di diritto secondo cui *"la rievocazione di vicende personali oramai dimenticate dalla collettività trova giustificazione nell'esercizio del diritto di cronaca esclusivamente in presenza di fatti di recente accadimento, direttamente collegati con dette vicende, rinnovandone così l'attualità"*.

³⁴ Riconoscendo la difficoltà per il giornalista di procedere ad un accertamento oggettivo circa la verità dell'informazione, la giurisprudenza ha ritenuto sufficiente la c.d. "verità putativa".

³⁵ ESPOSITO C., op. cit. p. 46.

³⁶ Altra parte della dottrina ha offerto altre soluzioni, sostituendo al requisito della verità quello della verosimiglianza del fatto.

³⁷ Cass. pen., sez. V, 51619/2017: *"La scriminante putativa dell'esercizio del diritto di cronaca è configurabile solo quando, pur non essendo obiettivamente vero il fatto riferito, il cronista abbia assolto all'onere di esaminare, controllare e verificare l'oggetto della sua narrativa, al fine di vincere ogni dubbio."* (fattispecie in cui la corte ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha affermato la responsabilità per il delitto di diffamazione aggravata nei confronti di un giornalista per avere falsamente affermato che nei confronti di un assessore regionale era stato richiesto il rinvio a giudizio mentre nulla era stato notificato l'avviso di conclusione delle indagini preliminari).

informazione riconosciuta e qualificata. Il più delle volte quest'ultimo riferimento gli sarà sufficiente riparo, sempre che non sia provata la sua malafede"³⁸.

Il co.1 dell'articolo in commento tutela, come abbiamo visto la libertà di manifestazione del pensiero espressa con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione, ma l'unico mezzo direttamente disciplinato è quello della stampa. Tale scelta si comprende se si tiene conto che la stampa era all'epoca in cui la Costituzione fu scritta, lo strumento di maggior rilievo.

L'art. 21 regola la libertà di stampa con un'impostazione di carattere liberale, attenta a disciplinare gli istituti dell'autorizzazione, della censura e del sequestro. Con il divieto di autorizzazioni e censure – “la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni e censure” – il costituente ha inteso escludere ogni forma di controllo preventivo sia sui contenuti che sulle condizioni di esercizio della libertà di stampa.

Dal divieto di autorizzazioni discende un più generale divieto per il legislatore di porre regole discriminatorie o di privilegio per i cittadini: l'unico istituto conforme al dettato costituzionale è quello della registrazione presso la cancelleria del Tribunale, in quanto provvedimento che segue ad un accertamento privo di discrezionalità, affidato all'autorità giudiziaria³⁹.

Quanto agli interventi di natura repressiva, l'art. 21 ammette il sequestro dello stampato dopo la sua pubblicazione, affiancando l'istituto con le stesse garanzie della riserva di legge e riserva di giurisdizione, che presidiano la libertà personale.

2. I limiti alla libertà di manifestazione del pensiero

Così determinata la natura giuridica e il contenuto della libertà di espressione, resta da considerare il tema dei limiti entro cui la garanzia costituzionale deve essere contenuta. È relativamente all'*an*, *quomodo* e *quatum* di tali limiti che si chiede quale sia la legittimazione costituzionale di quelle norme del codice penale che incriminano i “reati di opinione”.

Al riguardo possono individuarsi due concezioni, che a seconda del modo di intendere la libertà di espressione – come diritto assoluto o relativo – potremmo definire assolutista e relativista.

La concezione assolutista, sorretta da un garantismo ottimistico, sostiene che la libertà di manifestazione del pensiero è un diritto assoluto che non ammette limitazioni di sorta, neppure a protezione della democrazia. Questa posizione muovendo dall'assunto che la libertà di espressione è stata riconosciuta proprio a tutela del pensiero difforme, divergente, perturbativo

³⁸ VASALLI G., *Libertà di stampa e tutela penale dell'onere*, in *Archivio Penale*, I, 1967, p.31.

³⁹ C. cost. n.31/1975.

rispetto ai valori dominanti, giunge ad affermare che l'abuso della libertà non sembra evitabile, se non violando la libertà medesima⁴⁰. In altri termini, se è vero che la libertà di espressione può essere pericolosa, è altrettanto vero che proprio per tale ragione si è affermata la necessità di una sua tutela. Di conseguenza, si sostiene che la repressione di questa fondamentale garanzia metterebbe in crisi la democrazia stessa⁴¹.

Secondo la concezione relativistica, invece, la garanzia costituzionale non è illimitata, dovendo essere temperata con altri principi e libertà ad essa concorrenti.

La corrente di pensiero in questione ritiene necessario confrontarsi con il c.d. "paradosso della tolleranza", secondo cui poichè l'illimitata affermazione della tolleranza potrebbe portare alla sua scomparsa, è necessario proclamare "il diritto di non tollerare gli intolleranti"⁴². Qualora si riconoscesse la più ampia libertà, anche l'intollerante beneficerebbe di questa garanzia. Paradossalmente, gli eccessi di libertà consentirebbero all'intollerante di acquisire un vasto uditorio e quindi di sopprimere i tolleranti. Da qui, gli interrogativi di popperiana memoria: bisogna essere tolleranti verso tutti, o solo verso i tolleranti?

I sostenitori della teoria relativista, riconoscendo il rischio di possibili abusi, ammettono che anche un ordinamento democratico possa prevedere limitazioni alla libertà di pensiero, senza con ciò tradire i suoi principi ispiratori⁴³.

Una volta ritenuto ammissibile l'utilizzo di strumenti coercitivi per reprimere gli abusi sorge un ulteriore interrogativo: dove fermarsi?

⁴⁰ BARILE P., *op. cit.*, p.429

⁴¹ Non ammettono limiti alla libertà di espressione ESPOSITO C., *op. cit.*, p. 53; CERRI A., *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1189; CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2016, p. 1012; FIORE C., *I reati di opinione*, Cedam, Padova, 1972, pp. 162 ss.; PULITANÒ D., *Libertà di pensiero e pensieri cattivi cit.*, p. 188.

⁴² POPPER K., *La libertà è più importante dell'eguaglianza*, Roma, Armando editore, 1996, p. 84, in cui si legge "se estendiamo l'illimitata tolleranza anche a coloro che sono intolleranti, se non siamo disposti a difendere una società tollerante contro gli attacchi degli intolleranti, allora i tolleranti saranno distrutti e la tolleranza con essi".

⁴³ Sostengono questa concezione BARTOLE S., *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, p. 526; GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1985, p. 78.

La teoria del “pendio scivoloso”, elaborata dalla giurisprudenza americana in relazione al I emendamento, mette in luce la complessità nel determinare il grado di libertà che si può riconoscere ai cittadini senza mettere in pericolo la sopravvivenza dello Stato⁴⁴.

Rispondere a questi interrogativi resta difficile⁴⁵, trattandosi di contemperare due valori, la libertà e l’ordine, strettamente collegati l’un l’altro, ma indubbiamente in contrasto tra loro.

Volendo privilegiare un’impostazione maggiormente aderente alla realtà, che non rimanga su un piano strettamente ideologico, occorre prendere atto del fatto che la libertà di pensiero, pur essendo una garanzia irrinunciabile, debba essere bilanciata con altri valori parimenti garantiti dalla Costituzione.

La concezione assolutista, pur partendo da premesse condivisibili sembra non tener conto del dato reale. Questa, volendo salvaguardare la libertà di pensiero ne esalta la valenza filosofica, e quasi dimentica che nessuna libertà è concessa all’individuo illimitatamente, ma nel rispetto di confini individuati dalla legge⁴⁶. Inoltre, non sembra condivisibile neppure l’impostazione per cui laddove si ammettessero restrizioni si finirebbe per fare dell’ordinamento italiano una democrazia protetta. E ciò, poiché con tale termine si indica un ordinamento che esclude a priori dalla garanzia costituzionale quelle affermazioni difformi rispetto all’ideologia che ha ispirato il regime⁴⁷.

Stabilito, dunque, che anche una democrazia liberale di tipo aperto, quale quella dell’ordinamento italiano, ammette limitazioni alla libertà di espressione, occorre interrogarsi su quali siano questi limiti.

L’art. 21 Cost. contempla espressamente quale unico limite quello del buon costume. Il comma 6 prevede che “sono vietate le pubblicazioni, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume”. Ma è certo che la libertà di manifestazione del pensiero incontra

⁴⁴ DI GIOVANE A., *I confini cit.*, p. 81.

⁴⁵ POPPER K., *La società aperta e i suoi nemici*, 1. Platone totalitario, Roma, 1973, p., 160 ritiene che sia possibile stabilire con approssimazione il grado della libertà, essendo tale approssimazione il compito fondamentale del legislatore nella democrazia.

⁴⁶ DI GIOVANE A., *I confini cit.*, p. 87, sottolinea che la libertà, a differenza del pensiero filosofico, non può essere vista come assenza di vincoli o limitazioni. Al contrario, volendo porre l’accento su una visione giuridica, la libertà deve essere intesa come “opportunità di agire consentita e protetta da precise garanzie e limitazioni sancite dalla legge”.

⁴⁷ Sulla distinzione tra democrazia protetta e democrazia tollerante v., DI GIOVANE A. (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 1 ss.,

limiti ulteriori, “stante la necessità di tutelare beni diversi, parimenti garantiti dalla Costituzione”⁴⁸. Come precisato dalla Corte fin dalla sua prima pronuncia “il concetto di limite è insito nel concetto di diritto”, pertanto la norma che attribuisce un diritto non esclude che vi sia una disciplina, un regolamento all’esercizio del diritto medesimo⁴⁹”.

La generalità degli interpreti ribadisce la necessità di un fondamento costituzionale dei limiti, nel senso di ritenere legittimi solo quei limiti mirati a proteggere valori e diritti parimenti garantiti dalla Costituzione: alla legge ordinaria spetterebbe, così solo il compito di applicare i limiti enunciati dal disposto costituzionale.

Per altri invece, anche la legge ordinaria, ed in particolare quella penale, potrebbe limitare la libertà di pensiero, dato che tale libertà trova la sua più intima garanzia nel fatto di non essere vietata se non in forza di legge⁵⁰.

Non potrebbe accogliersi la teoria che riconosce alla legge ordinaria il potere di limitare la libertà di espressione, visto il carattere rigido della nostra Carta costituzionale, in nome del quale le disposizioni in essa contenute non possono essere modificate senza l’intervento di organi e procedure straordinarie.

Né si potrebbe dedurre che poiché l’ordinamento ammette limiti alle altre libertà costituzionali (libertà personale, libertà di domicilio, di comunicazione e di corrispondenza), implicitamente abbia riconosciuto alla legge ordinaria il potere di limitare la libertà di manifestazione del pensiero, poiché dei “limiti dell’una niente può dedursi circa i limiti delle altre⁵¹”.

Da ciò si ricava che la legge penale può costituire un limite solo se e in quanto trovi in Costituzione la giustificazione di un interesse che intende proteggere e che sia prevalente rispetto alla libertà di espressione. Naturalmente tale condizione non deve ritenersi implicita,

⁴⁸ C. cost. 20/1974.

⁴⁹ C. cost. 1/1956

⁵⁰ Questa tesi è sostenuta da Esposito laddove afferma che “non è esatto che sia vietato alle leggi di impedire le manifestazioni vietate, perché in via di principio quando una manifestazione è vietata, le leggi hanno questo potere”, op. cit. p.23.

Il DELITALIA ha indicato una terza soluzione: muovendo dalla distinzione tra materie privilegiate e materie non privilegiate, sostiene che nelle prime, la libertà è positivamente garantita dalla costituzione, nel senso che la legge ordinaria non può frapporre limiti al suo esercizio che non siano previsti dalla Costituzione stessa; mentre nelle materie non privilegiate l’apposizione dei limiti spetta alla legge ordinaria.

⁵¹ ESPOSITO C., op.cit. p. 17.

ma implica un giudizio di bilanciamento volto ad individuare quale dei due valori contrapposti, secondo un criterio di ragionevolezza, possa dirsi prevalente⁵².

Alle stesse conclusioni è giunta la giurisprudenza costituzionale, la quale ha precisato che “limitazioni sostanziali alla libertà in esame non possono essere poste se non per legge e devono trovare fondamento in principi e precetti costituzionali”⁵³.

Conclusivamente, si può parlare di “limiti penalistici” alla libertà di espressione, ma non con riferimento alla fonte, che non è la legge penale, dato che essi sono solo quelli che trovano riscontro in Costituzione⁵⁴.

Seguendo tale argomentazione, oltre al limite del buon costume, le situazioni giuridiche idonee a costituire limiti alla libertà di espressione possono essere individuate, da un lato, nell’ambito dei diritti della persona, quali diritti all’onore, alla reputazione⁵⁵, alla dignità sociale, dall’altro in interessi di natura pubblicistica, come quelli riguardanti la corretta amministrazione della giustizia e l’ordine pubblico⁵⁶.

⁵² La Corte Costituzionale (vedi sent. 106/1974; 100/1981) sottolinea comunque che il diritto ritenuto soccombente all’esito del bilanciamento non deve risultare “snaturato o ne sia reso arduo o addirittura impossibile l’esercizio”.

⁵³ C. cost. 19 febbraio 1965, n. 9, in *Giur. cost.*, 1965, 61; C. cost. 28 novembre 1968, n. 120, in *Giur. cost.*, 1968, 2142.

⁵⁴ ZUCCALÀ, G., *op. cit.* p. 8.

⁵⁵ Con riguardo al diritto all’onore e alla reputazione, la Corte costituzionale lo annovera tra i diritti inviolabili dell’uomo e “tra i valori fondamentali dell’ordinamento giuridico. Nella sentenza n. 86 del 1974 la Corte ha affermato che “La previsione costituzionale del diritto di manifestare il proprio pensiero non integra una tutela incondizionata e illimitata della libertà di manifestazione del pensiero, giacché, anzi, a questa sono posti limiti derivanti dalla tutela del buon costume o dall’esistenza di beni o interessi diversi che siano parimenti garantiti o protetti dalla Costituzione. [...] E tra codesti beni ed interessi, ed in particolare tra quelli inviolabili, in quanto essenzialmente connessi con la persona umana, è l’onore (comprensivo del decoro e della reputazione)”. La stretta connessione tra l’onore e la persona umana, come si evince nel passaggio citato, ha portato la dottrina a ritenere che il suo fondamento costituzionale si ricava sia nell’art. 2 Cost., che nell’art. 3 Cost., che afferma la pari dignità sociale. V. ESPOSITO C., *op. cit.*, p. 99.

⁵⁶ VALASTRO A., *Art. 21*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet, Torino, 2006, p. 465. Anche relativamente a questo aspetto, l’art. 21 Cost., differisce dall’art. 10 della Convenzione europea sui diritti dell’uomo, che contiene un articolato sistema di limiti. Il secondo comma, infatti, afferma che l’esercizio di tale libertà può essere sottoposta “alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all’integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei

Il limite su cui appare necessario approfondire alla luce del tema trattato, oltre il buon costume dalla cui analisi non si può prescindere, essendo l'unico limite espressamente richiamato dalla norma, è sicuramente quello della dignità umana, intesa quale "piena consapevolezza di ogni essere umano di essere tale quale egli è [...] in ragione della sua razza, della sua etnia, della sua nazione, della sua religione"⁵⁷.

Pur riconoscendo che il quesito circa la repressione del negazionismo non è di agevole soluzione, occorre prendere atto del fatto che "l'orrore e il ripudio del nazismo, dell'antisemitismo e della Shoah costituiscono uno dei pilastri fondanti dell'ordine pubblico ideale della comunità internazionale e dei vari Paesi liberaldemocratici". In questo ordine pubblico ideale "la dignità umana si configura quale valore supercostituzionale", tale, cioè da potersi considerare un limite alle altre libertà costituzionali, compresa la libertà di manifestazione del pensiero⁵⁸.

2.1 Il limite esplicito: il buon costume

Il concetto di buon costume rientra tra quelle espressioni elastiche, legate allo sviluppo della società, utilizzato dal costituente affinché la Costituzione potesse adattarsi ai tempi e risultare sempre attuale. Per contro, proprio l'elasticità del concetto, in assenza di ulteriori precisazioni a livello costituzionale, circa il suo effettivo contenuto, costituisce indubbiamente un pericolo per la tutela della libertà di espressione.

Si tratta di un concetto indeterminato che ha impegnato dottrina e giurisprudenza in delicati e faticosi tentativi di definizione, essendo l'unico limite esplicito, per la cui attuazione il costituente ha fatto espresso richiamo all'intervento del legislatore ordinario, al fine di stabilire

reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

⁵⁷ Trib. Verona, n.2203/2005 che analizzando la fattispecie di propaganda razzista di cui all'art. 3, 1 comma, della l. n.654/1975, ha affermato che il "bene tutelato non è solo l'ordine pubblico, inteso come pubblica tranquillità e sicurezza. Piuttosto la l.654/1974 individuerrebbe una fattispecie plurioffensiva, che mira alla tutela anche della dignità umana". Cass. pen., sez. III, n.37581/2008, la libertà di espressione "incontra il limite derivante dall'art. 3 Cost., che consacra solennemente la pari dignità e la eguaglianza di tutte le persone senza discriminazioni di razza, e in tal modo, legittima ogni legge ordinaria che vieti [...] la diffusione o la propaganda di teorie, bastate sulla superiorità di una razza e giustificatrici di quell'odio e della discriminazione razziale".

⁵⁸ DI GIOVANE A., *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. XXVII. Sul punto v. infra 3.2.

“provvedimenti adeguati a prevenire e reprimere le violazioni”. È vero che altri beni costituzionalmente tutelati possono costituire limiti alla libertà in esame, ma solo se da questa direttamente lesi, mentre il buon costume è l’unico apponibile in via preventiva.

Occorre sin da subito precisare che la giurisprudenza costituzionale, secondo un orientamento ormai consolidato, ha inteso il buon costume non solo come senso del pudore sessuale e della decenza, ma anche come tutela della dignità umana⁵⁹. La Corte riconosce la sussistenza nella società civile di diverse morali, accogliendo un criterio pluralistico, e individua un “minimo comune denominatore etico”, che viene ravvisato nel rispetto della dignità umana di cui all’art. 2 della Costituzione⁶⁰. Questo indirizzo interpretativo è stato accolto con favore da parte della dottrina, in quanto avrebbe l’effetto da un lato di ancorare la nozione di buon costume non ad una morale maggioritaria, condivisa dai più, ma alle pluralità delle concezioni etiche presenti nella società, e dall’altro di evitare un eccessivo ampliamento del limite stesso che sfocerebbe in un arbitrio giudiziario⁶¹.

Il buon costume, dunque, si attua in un complesso di regole riconosciute valide dalla comunità, in un determinato momento storico, a proteggere la convivenza sociale. Il concetto per sua

⁵⁹ Già con la sentenza n.2/1956 la Corte sostenne, seppure incidentalmente che la “moralità” non può assurgere a criterio di limitazione della libertà di parola, anche se le “manifestazioni immorali” possono essere vietate quando “queste risultino pregiudizievoli anche alla sanità, indicata nell’art. 16 della Costituzione, o creino situazioni favorevoli allo sviluppo della delinquenza comune”. Il giudice delle leggi nella sentenza n.9/1965 torna nuovamente sul concetto di buon costume. La Corte riprende la concezione di una netta distinzione tra morale e buon costume, già presente nella sentenza sopra citata, affermando che il buon costume non può essere “fatto coincidere con la morale o con la coscienza etica, concetti che non tollerano determinazioni quantitative del genere di quelle espresse dal termine morale media di un popolo, etica comune di un gruppo ed altre analoghe. La legge morale vive nella coscienza individuale e così intesa non può formare oggetto di un regolamento legislativo”, e aggiunge “Il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia anche soprattutto nell’ambito della famiglia, della dignità personale che con essa si congiunge, del sentimento morale dei giovani”. Con la sentenza n. 293/2000, il giudice delle leggi abbandona il riferimento alla sola morale sessuale, e ancora la nozione di buon costume al concetto della “dignità umana” di cui all’art. 2 della Carta costituzionale.

⁶⁰ Cfr. CUNIBERTI M., *Il limite del buon costume*, in CUNIBERTI M. ET AL. (a cura di), *Percorsi di diritto dell’informazione*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁶¹ CUNIBERTI M., *op.cit.*, pp. 53 ss., MANETTI M., *Il limite del buon costume*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 21*, Zanichelli, Bologna, 2006, pp. 222 ss.; BARTOLE S., BIN R., *Art. 21*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 168.

natura non può avere altro che un valore storicamente contingente, soggetto, quindi anche ad oscillazioni frequenti, in correlazione col mutamento del “comune sentimento della comunità”⁶².

Gli interpreti, invece, hanno cercato di ricostruire i confini del buon costume muovendo dal significato ad esso attribuito in altre branche dell’ordinamento, in particolare nel campo penalistico e civilistico⁶³. La dottrina si è divisa tra i sostenitori di un “orientamento civilistico”, e quelli di un “orientamento penalistico”, a cui una corrente minoritaria contrappone una nozione di buon costume da rinvenirsi direttamente nel testo costituzionale, c.d. “orientamento costituzionalistico”.

La tesi penalistica, secondo cui al “buon costume” deve essere attribuito il significato che esso assume nel campo del diritto penale⁶⁴, resta quella maggiormente accreditata dalla dottrina contemporanea⁶⁵.

Siffatta opinione intende il “buon costume” nel senso ristretto di pudore⁶⁶ e di morale sessuale. A sostegno di tale orientamento si adducono due ordini di considerazioni: in primo luogo si fa

⁶² Così, BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero cit.*, p. 459-460.

⁶³ GRASSO E., *Premessa*, in *Orientamenti giurisprudenziali in tema di buon costume*, 1972, p.109.

⁶⁴ È da sottolineare come non si tratta di una concezione unitaria, poiché gli autori non concordano sul significato da attribuire al concetto di morale sessuale: secondo alcuni si dovrebbe fare riferimento ai soli reati previsti dal titolo IX, Libro II, del c.p., che tratta “dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume”; secondo altri, invece essa includerebbe anche le offese alla pubblica decenza, mentre altri ancora ritengono il limite in questione dovrebbe riguardare solo le manifestazioni in “perversione” dei costumi, cioè quelle che tendono a suscitare l’istinto sessuale, e che sono caratterizzate da un elemento soggettivo di deviazione rispetto alle regole della morale sessuale.

⁶⁵ Aderiscono a tale orientamento VASSALLI G., *Prevenzione e repressione: Aspetti penalistici*, in *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo*, Convegno di studio Enrico de Nicola, Giuffrè, Milano, 1963; Aderiscono a tale orientamento ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1966; FOIS S., *op. cit.* p.124 s.; MANTOVANI F., *Considerazioni in tema di tutela penale della morale dei minori e di pubblicazioni in materia sessuale*, in *Temi*, 1966, p. 678 s.; NUVOLONE P., *Limiti alla libertà di stampa nell’art. 15 della legge 8 febbraio 1948 n.47*, in *Arch. pen.*, 1952, p. 557. BARILE P., *op.cit.*, p. 459 s.; ESPOSITO C., *op. cit.*, p.41 s.; DELITALIA G., *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Iustitia*, 1959, p. 391; LAVAGNA, *op. cit.*, p.469.

⁶⁶ Il pudore deve essere inteso come “il sentimento di riserbo che suole circondare le cose e gli atti della vita sessuale”, NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Cedam, Padova, 1971, p. 221.

riferimento ai lavori preparatori⁶⁷, in cui il concetto di buon costume fu adottato in luogo di quello più ampio di “moralità pubblica”; in secondo luogo, trattandosi di un limite posto ad una libertà fondamentale, l’interpretazione da preferirsi è quella più restrittiva possibile. Il rimando al concetto di morale sessuale è apparso maggiormente garantista, rispetto ad altre nozioni dai confini troppo ampi, come quelle di morale pubblica.

L’orientamento civilistico⁶⁸ e quello costituzionalistico⁶⁹ non sono convincenti in quanto accostano al buon costume concetti ampi e indeterminati quali “sentimento etico”⁷⁰, “il comune

⁶⁷ Il concetto di moralità pubblica era stato proposto nel progetto Basso e La Pira alla prima Sottocommissione della Commissione dei settantacinque, e venne approvato a maggioranza. Fu l’on. Paolo Rossi il primo ad opporsi all’equivalenza della tutela della moralità pubblica con la tutela contro l’oscenità, e l’on. Codacci Pisannelli propose allora di sostituire il concetto con quello di buon costume. La proposta fu accolta, anche se in aula non mancarono polemiche che si spensero con l’accettazione da parte della maggioranza del limite del buon costume.

⁶⁸ Tale orientamento fa riferimento al significato attribuito al buon costume nell’ambito del codice civile, previsto come limite all’autonomia dei privati e come condizione di validità del negozio giuridico. In tale contesto per buon costume si intende l’insieme di quei principi etici che, in una determinata epoca storica, sono conformi alla “morale pubblica”. Tra i sostenitori della tesi civilista possiamo considerare TRABUCCHI A., *Buon costume*, in *Enc. Dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 700 ss.; FERRI G.B., *Buon costume: II) diritto civile*, in *Enc. Giur.*, V, Ist. Enc. It., Roma, 1988; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Cedam, Padova, 1962, PERGOLESI F., *Diritto costituzionale*, XV ed., Cedam, Padova, 1965; VIRGA P., *Diritto costituzionale*, VI ed., Giuffrè, Milano, 1967; FIDUCCIA E., *Sulla incompatibilità dell’art. 529, secondo comma c.p. rispetto al principio di cui all’art. 21, quinto comma della costituzione*, in *Il diritto d’autore e il controllo dello Stato sulle opere cinematografiche*, Atti del congresso Venezia, 1959, p.69.

⁶⁹ L’orientamento costituzionalistico, sostenuto da una corrente minoritaria della dottrina, ritenere che il concetto dovesse essere definito nell’ambito della stessa Carta costituzionale, dovendosi far riferimento al complesso dei principi costituzionali relativi ai rapporti “etici-sociali”, e fra tali valori rientrano i diritti inviolabili dell’uomo, i diritti della famiglia e la protezione della gioventù. Tra i suoi sostenitori possiamo ricordare CAPACCIOLI E., *Rapporti fra prevenzione e repressione in tema di spettacolo*, in *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo*, Convegni di studio “Enrico De Nicola”, Giuffrè, Milano, 1963, p. 136 ss. Ancora GALEOTTI A.E., *Intervento*, in *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo*, Giuffrè, Milano, 1963, 250 ss. ABBAMONTE G., *Ius superveniens, giudizio di rilevanza e censura cinematografica*, in *Civ. catt.*, 1961, p. 603.

⁷⁰ V. TRABUCCHI A., *op.cit.*, p.702.

senso morale”⁷¹ o “il vivere civile”, che svuoterebbero di significato la norma costituzionale, e lascerebbero “l’ultima parola ai giudici, trasformando il giudizio in strumento di parte”⁷².

2.2 Il limite del rispetto della dignità umana

La Corte costituzionale ha fatto largo uso del bene della dignità umana, come risulta dalle sentenze esaminate nel paragrafo precedente, talvolta per rafforzare un concetto fragile e controverso, qual è il buon costume, altre volte quale unico “salvacondotto” per legittimare le restrizioni alla libertà di parola, pur senza darne alcuna ricostruzione dogmatica.

Il limite della dignità umana, utilizzato in giurisprudenza per avvallare la legittimità costituzionale del reato di istigazione all’odio razziale, etnico e religioso di cui all’art. 3, comma 1, della l. 654/1975, è stato inteso come “diritto fondamentale a non subire discriminazione

⁷¹ Così MORTATI C., *op.cit.*, p. 866.

⁷² DE FRANCO R.G., *Il buon costume quale limite alle manifestazioni del pensiero: può esso dirsi un concetto normativamente determinato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p.179; BARILE P., *op.cit.*, p. 462.

alcuna fondata sulla razza o su analoghe ragioni di identità⁷³, e rinviene il suo riconoscimento positivo negli artt. 2 e 3 Cost⁷⁴.

In dottrina si è notato come ogni qual volta venga in rilievo l'interesse della dignità umana, la giurisprudenza “tenda a ridurre di molto l'impegno verso soluzioni di contemperamento tra libertà di parola e repressione”; mentre in assenza di tale interesse, i giudici appaiono più propensi a ricercare “regole di collisione in grado di smussare la pervasività del penale nei confronti dell'ambito protetto dall'art. 21 Cost”⁷⁵.

Partendo dalla premessa che la dignità umana rappresenta un “valore supercostituzionale”⁷⁶ rispetto agli altri diritti fondamentali, si arriva ad affermare che il sacrificio imposto ad essi, e in particolare alla libertà di espressione, costituirebbe “una forma ragionevole di bilanciamento”

⁷³ Si vedano a tal proposito Cass. sez. III., n. 37581/2008, con cui la corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 3, 1 comma, l. 654/1975 per asserito contrasto con l'art. 21 Cost. in quanto “il principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost., non ha valore assoluto, ma deve essere coordinato con altri valori costituzionali di pari rango. In particolare, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero incontra il limite derivante dall'art. 3 Cost. che consacra solennemente la pari dignità e la eguaglianza di tutte le persone senza discriminazioni di razza, e in tal modo legittima ogni legge ordinaria che vieti e sanzioni anche penalmente, nel rispetto dei principi di tipicità e di offensività, la diffusione e la propaganda di teorie antirazziste, basate sulla superiorità di una razza e giustificatrici dell'odio e della discriminazione razziale”; analogamente Cass. sez. III, 36906/2015, in cui si afferma “il bene giuridico protetto dall' art 3., 1 comma, della l.654/1975 non è costituito solo dall'ordine pubblico, il quale, anzi, per taluni ha rilevanza solo indiretta, ma dalla tutela della dignità umana come risulta dalla nozione di discriminazione recepita dal D. lgs. n. 215 del 2003, art. 2 nel quale si fa esplicito riferimento alla dignità della persona. [...] Questa Corte di legittimità, peraltro, anche nella sua giurisprudenza in materia di discriminazione razziale ha sempre cercato di applicare il principio che, nel possibile contrasto fra la libertà di manifestazione del pensiero e la pari dignità dei cittadini, va data preminenza a quest'ultima solo in presenza di condotte che disvelino una concreta pericolosità per il bene giuridico tutelato”, e aggiunge che “affinché si pongano limiti alla libera esternazione dei pensiero è necessario che si prospetti la lesione o messa in pericolo di altri valori costituzionalmente garantiti. Ed è proprio la preminente rilevanza costituzionale del bene della dignità umana a giustificare, se lesa, la limitazione del diritto di manifestare il pensiero”.

⁷⁴ Nella costituzione italiana manca un riferimento esplicito al bene della dignità umana, a differenza dell'art. 1 Carta di Nizza in cui si afferma che “la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”. Tuttavia, come si osserva in *La dignità dell'uomo quale principio costituzione*, cit., la mancanza di una norma analoga sarebbe solo il frutto di una diversa scelta terminologica di porre l'accento sulla centralità dell'essere umano.

⁷⁵ VISCONTI C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 135.

⁷⁶ RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. Dir.*, 1991, pp. 343 ss.

ispirata alla necessità di tutelare “interessi che esprimono i valori più profondi di un paese civile”⁷⁷.

Come si legge nelle spiegazioni del *Praesidium* alla Carta di Nizza “la dignità della persona umana, non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali”⁷⁸, in altre parole è il diritto di avere diritti⁷⁹. La spiegazione si spingono oltre laddove non ritiene ammissibile alcun bilanciamento o limitazione della dignità umana in funzione della protezione di altri diritti fondamentali. Quanto detto richiama l’idea Kantiana di dignità, intesa come “ciò che non ammette nulla di equivalente”⁸⁰, la dignità è dunque un valore “non commensurabile” a qualsiasi altro valore⁸¹. La dignità verrebbe quindi a rappresentare il “confine della libertà costituzionalmente protette, essendo l’unico vero fine che esse possono e devono perseguire”⁸².

Intesa in questo modo la dignità umana finirebbe per diventare una sorta di “*deus ex machina*” cui ricorrere per legittimare ogni incriminazione “rispetto alla quale non si sia in grado di

⁷⁷ DE FRANCESCO G.A., *Commento al D.l 26/4/1993 n.122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale etnica e religiosa*, in *Legis. Pen.* 1994, p. 179.

⁷⁸ Cfr. le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in GUUE 2007/C303/02; CAPUTO M., *La “menzogna di Auschwitz”, le “verità” del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in FORTI G., VARRASSO G., et al. (a cura di), “*Verità” del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 263 ss.

⁷⁹ Nello stesso senso CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Editori Laterza, Bari, 2015, p. 65, il quale afferma “il concetto di dignità della persona è l’essenza, il cuore della dottrina dei diritti umani, e dunque tutelare la dignità di ogni essere umano implica rispettare tutti quei diritti”.

⁸⁰ KANT. I, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in MATHIEU V., (a cura di), Milano, 1994, pp. 157 ss., “nel regno dei fini tutto ha un prezzo, una dignità; ha un prezzo ciò al cui posto può essere messo anche qualcos’altro, di equivalente; per contro, ciò che si innalza al di sopra di ogni prezzo ha una dignità [...] ciò che costituisce la condizione a cui soltanto qualcosa può essere un fine in sé ha, non solo un valore relativo, cioè un prezzo, bensì un valore intrinseco, cioè una dignità”.

⁸¹ FORTI G., “*La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità*”. *L’apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in *JUS*, II-III, 2008, p. 301.

⁸² RUGGERI A., SPADARO A., *op. cit.*, p. 347.

individuare un bene oggetto di protezione più specifico”⁸³, con il rischio di “annichilire” la libertà di pensiero, sbarrando la strada ad ogni forma di bilanciamento⁸⁴.

Senza considerare che se è vero che la libertà di pensiero è un dato costitutivo della dignità umana, dal momento che il pensiero è una caratteristica propria dell’uomo, si giungerebbe al paradosso per cui limitando l’una, si finirebbe per limitare inevitabilmente anche l’altra⁸⁵.

Si è inoltre osservato come la giurisprudenza abbia la tendenza ad usare il *topos* della dignità umana come “un’arma che uccide la discussione”, dal momento che tale principio “ha già parlato e sistemato tutto”⁸⁶.

Posto che il bene della dignità umana è “un costrutto storico”⁸⁷ che non può essere ricostruito in termini assolutistici, senza che si finisca per svilire il concetto stesso; la dignità dovrebbe

⁸³ FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 558. ID., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 79. Nello stesso senso VISCONTI C., *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, JUS, 2009, I, pp. 191 ss.; CARUSO C., *Dignità degli “altri” e spazi di libertà degli “intolleranti”. Una rilettura dell’art. 21 Cost.*, in *Quad. Cost.*, n. 4, 2013, pp. 795 ss., BACCO F., *Dalla dignità all’eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. Cost.*, n.4, 2013, pp. 823 ss., AMBROSI A., *Libertà di pensiero e manifestazioni di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. Cost.*, n. 3, 2008, pp. 538 ss., che sottolinea come la problematicità del concetto della dignità umana deriva dal fatto “che è fuorviante contrapporre la dignità ai diritti riconosciuti dal Costituente, in quanto è proprio in virtù della protezione della dignità umana che il costituente ha riconosciuto quei diritti”.

⁸⁴ PALADIN L., *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. Cost.*, I, 1987, pp. 287 ss.

⁸⁵ AMBROSI A., *op. cit.*, p. 527.

⁸⁶ HASSEMER W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, p. 62. Nello stesso senso TESAURO A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 1 ss.

⁸⁷ FIANDACA G., *Considerazioni cit.*, p. 560, che sottolinea come sia il contenuto vago, sia la carica emozionale del *topos* dignità recano il rischio che esso possa fungere da bene-ricettacolo delle reazioni di panico morale. Sottolinea l’ambiguità del concetto anche BELLOCCI M., PASSAGLIA P., *La dignità dell’uomo quale principio costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Roma, 2007. p. 3; PIROZZOLI G., *Il valore costituzionale della dignità. Un profilo giurisprudenziale*, in *Rass. Parl.*, II, 2007, p. 352, che la definisce come “creatura giuridica camaleontica, mutevole nel tempo e sfuggente ad ogni tentativo di cristallizzazione concettuale”.

essere intesa come “sentimento di eguale rispetto”⁸⁸, dove il sentimento non è declinabile come uno stato emotivo transitorio e irragionevole, ma come “l’identità psicologica assiologica di un soggetto”⁸⁹. Ciò in quanto nei confronti della libertà di espressione, il limite della pari dignità non può ritenersi coincidente con un’idea astratta di dignità, perché altrimenti si finirebbe per garantire protezione a “concezioni valoriali sovraindividuali e impersonali”⁹⁰

Pertanto, premesso che la struttura del sentire è ciò che modella l’interazione tra l’individuo e la realtà, l’eguale rispetto deve intendersi come “il riconoscimento dell’altro, del suo valore e del suo vissuto”⁹¹. Difatti, rispettare qualcuno significa considerarlo come pari “in virtù della comune umanità”⁹² e comportarsi in modo da non umiliarlo, sminuirlo o degradarlo.

Nel tentativo di contemperare l’approccio liberale con la “tutela penale dei sentimenti”⁹³ si è evidenziato come “appellarsi al principio dell’eguale rispetto significa mettere in campo la ragione morale di base dell’ordinamento democratico: il valore che rappresenta al contempo l’oggetto e il criterio per l’approntamento di eventuali «difese». Il principio dell’eguale rispetto, quale «surrogato concettuale» della dignità umana, sembrerebbe potere contribuire a riportare l’equilibrio su un piano che non alimenti sentimenti di rivalsa, ma esprima già a livello simbolico l’esigenza di una reciproca autolimitazione.”⁹⁴

⁸⁸ SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Cedam, Padova, 2009, p.232 “l’uso del termine dignità va dunque modulato su una prospettiva di uguaglianza: non semplicemente dignità, bensì pari dignità, sembra essere l’orizzonte nel quale affrontare il problema di limiti alla libertà di espressione”; URBINATI N., *Ai confini della democrazia. Opportunità e rischi dell’universalismo democratico*, Donzelli, Roma, 2007, “eguale libertà è dunque il nome della difesa della pari dignità nel tempo della modernità”; NUSSBAUM M.C., *La nuova intolleranza. Superare la paura dell’Islam e vivere in una società più libera*, trad. it., Milano, Il Saggiatore, 2012, p. 71, che pone in rilievo come la dignità è un concetto che acquista forma attraverso i legami con altri concetti, come quello di rispetto.

⁸⁹ BACCO F., *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2010, p. 1191.

⁹⁰ GALEOTTI A.E., *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 52.

⁹¹ PUGLISI G., *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), luglio 2016, p. 25.

⁹² GALEOTTI A.E., *op. cit.*, p. 52.

⁹³ BACCO F. *Sentimenti e tutela penale cit.*, p.1.

⁹⁴ BACCO F., *Dalla dignità all’eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. Cost.*, n.4, 2013, p. 834.

Definita in questi termini la dignità umana, e visto come la stessa sia stata considerata bene tutelato dalle fattispecie di istigazione all'odio razziale, etnico e religioso, sorge spontanea una domanda: può essa costituire l'oggetto di tutela della fattispecie che incrimina il negazionismo? Sebbene la risposta a tale quesito sarà analizzata in termini più puntuali nel terzo capitolo del presente elaborato, appare necessario sin da subito effettuare una breve indagine sull'argomento. Che le condotte negazioniste ledano la dignità umana, intesa quale pari dignità tra tutte le persone, è stato affermato da quanti propendo per la legittimità costituzionale dell'incriminazione. Secondo quest'assunto le esternazioni negazioniste più che porre in discussione l'assetto politico⁹⁵, rappresentano un mancato riconoscimento delle "vicende esistenziali di intere famiglie che hanno vissuto la tragedia della deportazione e della morte"⁹⁶. Il negazionismo lede la pari dignità dei popoli che sono stati vittime di genocidio, e va contro i valori più radicati ed essenziali di un paese civile, in quanto "negare la realtà di un genocidio e dei suoi principali referenti simbolici significa negare l'umano violato nei campi di sterminio, e così facendo predicare il disumano"⁹⁷.

3. La libertà di manifestazione del pensiero nelle materie privilegiate: l'art 33 della Costituzione

Prima di concludere la trattazione delle garanzie costituzionali, rispetto a cui la repressione del negazionismo solleva dei dubbi di compatibilità occorre esaminare l'art. 33 della Costituzione, il quale afferma: "L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento".

Con questa disposizione, il costituente ha inteso specificare che la libertà di espressione si estende a tutti i campi, anche a quello artistico e scientifico.

⁹⁵ Si sostiene che l'ordine pubblico non possa rappresentare il bene tutelato, argomentando sia nel senso del rischio che lo stesso diventi uno strumento di controllo e di repressione del dissenso, sia nel senso che si subordinerebbe la punibilità della condotta alla probabilità che "dalle parole si passi ai fatti". In tal senso v. CAPUTO M., *La "menzogna di Auschwitz"*, cit., pp. 263 ss; SCHETTINO M.H., *La nuova aggravante del negazionismo: luci e ombre di una fattispecie controversa*, in *Studium Iuris*, n.10, 2016, p. 1141; FIORE C., op. cit., p. 110, se "l'ordine pubblico diventa un limite da cui far discendere l'illiceità di una manifestazione del pensiero esso finisce per risolversi nel divieto di esprimere un punto di vista critico rispetto al regime esistente".

⁹⁶ CAPUTO M., op.cit., pp. 263 ss.

⁹⁷ CAPUTO M., op. cit., p. 304.

Nonostante le difficoltà pratiche insite nel determinare con certezza cosa rientri nel concetto di arte e di scienza⁹⁸, può dirsi che in tale ambito possa essere ricompresa anche la ricerca storica, essendo questa condotta con metodo scientifico⁹⁹. Infatti, in relazione alla materia scientifica, può essere usato come criterio di discernimento quello del metodo utilizzato.

Premesso ciò si comprende come nel caso in cui il *dicere* negazionista provenga da uno storico nell'ambito di un'attività di ricerca o di insegnamento si rientra nella garanzia prevista dall'art. 33 della Costituzione.

Inoltre, la commistione tra negazionismo e storia è evidente se si considera che si è in presenza di un fenomeno, che come vedremo, non coinvolge solo eventi passati rispetto ai quali gli storici possono aver raggiunto una ricostruzione pressoché certa, ma anche eventi recenti o ancora in corso, rispetto ai quali nella comunità storica possono esserci discussioni sulla sua verifica e qualificazione giuridica.

A tale proposito si ripropone la difficoltà di stabilire se l'attività svolta dagli storici negazionisti possa considerarsi scientifica o meno, a secondo del metodo utilizzato e dei risultati raggiunti. A ciò si è cercato di obiettare che il lavoro dei negazionisti non può considerarsi storico, perché l'attività è condotta con metodo anti-scientifico: anziché essere orientati verso la ricerca della verità, i negazionisti, ignorando le risultanze fattuali, si limitano a negare l'esistenza di eventi passati. Pertanto, sarebbe dubbia l'operatività della garanzia di cui all'art. 33 Cost., "essendo quanto mai evidente la carica ideologica che sorregge tali tesi"¹⁰⁰.

Senza voler sconfessare questa affermazione (non è dubitabile che il negazionista non è uno storico, in quanto analizza la storia "a dispetto del dato") occorre considerare che esiste un filone, il revisionismo di difficile distinzione dal negazionismo¹⁰¹.

Dunque, il giudizio, nel caso in cui la manifestazione negazionista provenga da uno storico, dipenderà da una valutazione sul metodo che l'autore ha utilizzato, con tutte le difficoltà insite in un simile accertamento.

⁹⁸ ZUCCALÀ G., *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Legge penale e libertà di pensiero* (atti del III Convegno di diritto penale, Bressanone 1965), Padova, 1966, p. 84.

⁹⁹ Secondo BRAGA G., *La libertà di manifestazione del pensiero, tra revisionismo, negazionismo e ricerca storica*, in AINIS M., (a cura di), *Informazione, potere e libertà*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 107, nessun dubbio può porsi in relazione al fatto che la ricerca storica rientra nella garanzia dell'art. 33 Cost.

¹⁰⁰ BRAGA G., *op. cit.*, p. 111.

¹⁰¹ Sulla distinzione v. *infra* I, Cap. III.

Per le ragioni esposte si comprende come attraverso la criminalizzazione del negazionismo, il legislatore interviene non solo sulla libertà di pensiero, ma anche sulla ricerca storica e sulla libertà di critica storica.

Secondo alcuni autori, il fatto che il costituente abbia dedicato una specifica previsione alle materie artistiche e scientifiche, significherebbe che si è in presenza di una materia privilegiata¹⁰².

La differenza tra materia comune e quella privilegiata starebbe nel fatto che nella materia privilegiata non possono essere posti dal legislatore ordinario limiti che invece sarebbero legittimi in riferimento alle materie “comuni”.

La tutela riconosciuta alla manifestazione del pensiero in ambito scientifico e artistico comporta come conseguenza l'impossibilità di porre il limite del buon costume, il quale non è indicato nella disposizione. Qui sarebbe concepibile solo un limite interno, un limite “logico”,¹⁰³ cioè un limite che si deduce dallo stesso concetto di manifestazione del pensiero.

La teoria che divide in due la libertà di pensiero risulta, tuttavia, priva di basi positive: si è detto che la distinzione “sembra urtare contro la formulazione dell'art.21, che non autorizza l'interprete a distinguere quantità e qualità dei limiti a seconda della diversa materia costituente oggetto delle varie manifestazioni”¹⁰⁴, e tutela allo stesso modo qualunque messaggio si intenda diffondere.

Le manifestazioni definite ‘privilegiate’ della libertà di pensiero non sono state fatte allo scopo di operare una riduzione dell'art.21, “sì da trasformare questa libertà in menomata”, ma per ribadire il concetto, in relazione ai quei campi specifici in cui ciò risultava necessario per ragioni storiche o per ampliare la sfera di garanzia¹⁰⁵; senza considerare che la teoria criticata non riesce ad identificare l'ambito applicativo della materia privilegiata, essendo questo connesso “alle ideologie politiche di un determinato momento storico, e come tali estremamente variabili”¹⁰⁶.

¹⁰² Un privilegio deve riconoscersi anche alle manifestazioni in materia politica, ex art. 3, in quanto “il pieno godimento della libertà di espressione in campo politico costituisce la condizione necessaria per lo sviluppo e la vita democratica della comunità politica”, FOIS, op. cit. p. 45-63.

¹⁰³ FOIS, S., op. cit., parla di limite logico non nel senso di limiti costituzionali taciti.

¹⁰⁴ CRISAFULLI, V., *In tema dei limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur.cost.*, 1965, p. 245 s.

¹⁰⁵ BALLADORE PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 413 s.

¹⁰⁶ PISAPIA G.D., *Limiti processuali alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge penale e libertà del pensiero*, Cedam, Padova, 1966, p. 288.

Se si seguisse questa tesi¹⁰⁷, dunque, si arriverebbe a risultati paradossali¹⁰⁸ e si rischierebbe di tradurre la differenziazione tra materie in una disparità di trattamento operata dagli organi giudiziari e amministrativi non fondata su basi positive, che in ultima analisi porterebbe a ritenere presente a livello costituzionale una non uniforme protezione di questa libertà¹⁰⁹.

Orbene, chiarito che la libertà di espressione nel campo artistico e letterario non può ritenersi “materia privilegiata”, ad essa saranno apponibili gli stessi limiti elaborati dalla dottrina e giurisprudenza nei confronti dell’art. 21 Cost.

Di conseguenza, anche in questo caso, l’interprete dovrà compiere un’operazione di bilanciamento tra la libertà di ricerca storica ex art. 33 Cost. e la dignità umana, che assurge a bene tutelato dalla fattispecie di negazionismo, per stabilire quale dei due valori possa definirsi prevalente.

CAPITOLO II: IL CONFINE INCERTO TRA LA PAROLA PERCIOLOSA E LA CRIMINALIZZAZIONE DEI REATI DI OPINIONE

SOMMARIO: 1. I reati di opinione – 1.2 L’incriminazione delle opinioni: dal periodo liberale alla legislazione repubblicana– 1.3 I reati di opinione nella giurisprudenza costituzionale – 1.4 Le riforme dei reati di opinione: focus sulla legge n.85 del 2006 – 2. Definizione– 2.1 I reati di provocazione: l’istigazione, l’apologia e propaganda –3. Reati di opinione e costituzione – 3.1 Il problema della materialità della condotta – 3.2 La discussa offensività – 3.3 La (in)determinatezza

¹⁰⁷ Elaborata da Sergio Foïs.

¹⁰⁸ Ad esempio, sul versante del diritto di cronaca, questo può essere oggetto di privilegi a seconda che la cronaca sia realizzata con metodo scientifico o meno. Barile arriva a sostenere che la teoria che la libertà di pensiero è servita e serve tuttora solo a legittimare, *contra constitutionem*, una quantità di limitazioni poste dal legislatore ordinario.

¹⁰⁹ Trib. Milano 24 maggio 1972, in Giur. It., 1973, II, p. 139.

1. I reati di opinione

La recente introduzione ad opera del legislatore italiano della fattispecie di negazionismo¹¹⁰, ha portato alla ribalta un argomento, oggetto di una copiosa letteratura, relativo alla compatibilità di quelle norme penali, che incriminano i c.d. reati di opinione con la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21 della Costituzione.

L'interesse per l'argomento in esame è incrementato dal suo "alto tasso di problematicità"¹¹¹, che non si è attenuato con il passare del tempo e che sottolinea la profonda contraddizione su cui si fonda il nostro ordinamento, che da un lato proclama la più ampia libertà di manifestazione del pensiero, e dall'altro ammette la criminalizzazione di chi ha o esprime certe idee.¹¹²

Sebbene si ritiene che la presenza dei reati di opinione, rappresenta un'aporia in un sistema democratico come il nostro, si tratta di fattispecie di cui non riusciamo a fare a meno probabilmente a causa "di una lunga assuefazione ad un diritto penale autoritario"¹¹³ e degli orientamenti giurisprudenziali succedutesi nel tempo che, ora attraverso la teoria dei limiti logici¹¹⁴, ora attraverso la partica del bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, hanno confermato l'impalcatura dei reati di opinione¹¹⁵; e il legislatore, in forza di tale legittimazione non ha indugiato ad ampliare il novero di tali fattispecie.¹¹⁶

¹¹⁰ La l. n. 115/2016 ha introdotto un comma 3-bis all'art. 3 della l. 654/1975, e successivamente inserito nel codice penale all'art. 604 bis.3 rubricato "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa", dal d.lgs. n. 21/2018

¹¹¹ DI GIOVANE A., *I confini della libertà cit.*, Milano, 1988, p. 6.

¹¹² J.S. MILL, *Sulla libertà* (1869), trad. it. della 4^a ed. a cura di G. Mollica, Milano, 2000 p. 105, il quale afferma che "è vero che non condanniamo più a morte gli eretici, e che l'insieme delle sanzioni penali, che la sensibilità moderna probabilmente sarebbe in grado di tollerare anche contro le opinioni più pericolose, non è sufficiente a estirpare queste ultime. Ma non ralleghiamoci di essere ormai liberi anche dalla macchia della persecuzione legale. Esistono ancora sanzioni legali contro le opinioni, o perlomeno contro la espressione di opinioni, e la loro applicazione, anche nel nostro tempo, non è così priva di esempi da rendere del tutto impensabile che un giorno tali sanzioni potranno essere ripristinate in tutta la loro forza".

¹¹³ FIORE C., *I reati di opinione cit.*, p.11.

¹¹⁴ V. infra 1.3.

¹¹⁵ In questo senso FIORE C., *op. cit.*, p.11, per il quale "la giurisprudenza dominante, attraverso una puntigliosa fedeltà al dettato normativo penale, sembra volerne perpetuare l'originaria destinazione, repressiva del dissenso politico.

¹¹⁶ PELISSERO M., *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione giustizia*, n.4, 2015 p.38

La problematica dei reati di opinione non coinvolge solo il rapporto con il diritto fondamentale di cui l'art. 21 Cost., ma si rileva anche sul piano del bene giuridico tutelato, la cui incapacità selettiva si traduce in una carenza di offensività, oltre che di indeterminatezza della fattispecie; senza considerare l'ambito sanzionatorio, dal quale emerge un'evidente sproporzione tra il fatto e la sanzione¹¹⁷. Incertezze, queste, che sono insite nel concetto stesso di reati di opinione, concetto utilizzato impropriamente, dal momento che anche per tali reati è necessaria la materialità della condotta in virtù del principio *cogitationis poenam nemo patitur*¹¹⁸. L'espressione reati di opinione dunque non ha alcuna pretesa scientifica¹¹⁹, ma è volta a raggruppare quelle fattispecie accomunate dal fatto che l'elemento oggettivo consiste nell'espressione di un'opinione, di un giudizio, di un punto di vista.

Alla luce di questi interrogativi ben si comprendono le accese reazioni della dottrina circa l'opportunità di conservare alcuni di questi delitti nel nostro ordinamento, soprattutto se si concorda con l'osservazione secondo cui i reati di opinione vadano ad alimentare la "legislazione penale simbolica", attraverso l'utilizzo dello strumento penale, per reprimere comportamenti moralmente riprovevoli¹²⁰.

Tuttavia, occorre un'ulteriore precisazione: se è vero che non può dubitarsi che la libertà di manifestazione del pensiero costituisce l'essenza stessa della democrazia e quindi deve essere libera, è pur vero che la Costituzione non si esaurisce esclusivamente nell'art.21, ma tutela altri beni parimenti meritevoli di protezione, tanto da spingere autorevole dottrina ad affermare che "volendo guardare l'albero si è perso di vista la foresta"¹²¹.

¹¹⁷ SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2007 p.696.

¹¹⁸ MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 240; BOGNETTI G., *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p. ultimo comma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 55, secondo l'autore sarebbe più corretto parlare, con riguardo alla loro vera modalità esecutiva, di "reati di espressione".

¹¹⁹ ALESIANI L., *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 4.

¹²⁰ SALOTTO F., *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione (L. 13 ottobre 1974 N.654; L.24 febbraio 2006, N.85)*, in RIODATO S., (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso diritti fondamentali e tutela penale*, Cedam, Padova, 2006, p.178. CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in DOLCINI, E., PALIERO, C., (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I*, Milano, 2006, p. 150.

¹²¹ GUARNERI G., *Reati di opinione e opinione sui reati*, in *Giust. pen.*, 1976, Fascicolo speciale 12 bis, p. 75.

Ecco allora come la verifica dell'opportunità e della compatibilità costituzionale delle disposizioni *de quibus* presuppone, dopo un breve *excursus* delle ragioni storiche e politiche della loro introduzione, un'analisi del significato dei reati di opinione e delle singole fattispecie previste nel nostro ordinamento. Premettendo che si concentrerà l'attenzione sulle incriminazioni maggiormente affini al negazionismo.

1.2. L'incriminazione delle opinioni dal periodo liberale alla legislazione repubblicana

In questo ambito appare necessario svolgere un'indagine di impronta storica, diretta a individuare i precedenti legislativi delle attuali disposizioni in *subiecta materia*, posto che essa potrebbe rivelarsi utile nella soluzione del problema di cui si discute.

I reati di opinione sembrerebbero rinvenire un archetipo già in epoca romana. Ci si riferisce all'istituto del *crimen lesae maiestatis*¹²², espressione ampia che ricomprendeva diverse figure, accomunate dal punire ogni comportamento di dissenso o disobbedienza verso il sovrano, e che secondo la dicitura del nostro codice penale si definirebbero delitti contro la personalità dello Stato. In essi la dematerializzazione delle condotte incriminate portava a configurare dei veri e propri reati di opinione, i quali come accennato precedentemente non sono una classe autonoma di reati, ma attengono alle modalità della condotta di particolari delitti legati alla tutela dell'ordine costituito. Ciò premesso, si evince come i reati di opinione e i delitti contro la personalità dello Stato condividono l'anticipazione della soglia di punibilità, la cui *ratio* si rinviene nella circostanza che, tali reati, qualora non ne venisse anticipata la tutela, e si consumassero, implicherebbero l'impossibilità di essere puniti in quanto comporterebbero l'istaurazione di un nuovo ordine sostitutivo del precedente.

Di essi si rinviene traccia anche che nei codici del 1800, tant'è che la dottrina valutava come una bizzarria il fatto che “la materia dei delitti contro lo Stato fosse disciplinata allo stesso modo che nell'ancien regime”¹²³.

¹²² Definidi da Ulpiano (D. 48.4.1), come quei crimini commessi contro il popolo romano o la sua sicurezza. (“*Majestatis crimen illud est quod adversum populum romanum vel securitatem ejus committitur*”). Si trattava di un reato che rientra nell'istituto della *proditio*, e quindi è caratterizzato da connotazioni moralistiche e non fondato sulla lesione di un bene giuridico, quale la sicurezza dello stato. SBRICCOLI M., *Crimen leasae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milano, 1979; PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, vol. III, Napoli, 1885, p. 12 ss.

¹²³ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, parte speciale, VII, Lucca, 1870, p.621 ss.

Negli ordinamenti liberali il modello di riferimento fu il codice francese del 1810, che ai crimini di lesa maestà sostituì i reati contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato. Tuttavia, l'utilizzo della diversa espressione "sicurezza" non comportò una modifica sostanziale nella struttura dell'incriminazione, piuttosto tale termine divenne l'emblema dell'austerità di cui si servì l'autorità sociale per tutelare la propria esistenza da temute aggressioni¹²⁴. In altre parole, l'incriminazione del dissenso si configurò come lo strumento di cui si servirono le classi politiche per conservare il proprio potere. Per cui, gli Stati liberali, pur facendosi portatori di idee di libertà continuarono a "perpetuare gli antichi e tanto deprecanti arbitri"¹²⁵.

Questa tendenza legislativa, a salvaguardare le basi dello Stato e della società con lo strumento penale, si riflette anche nei codici preunitari¹²⁶; e non si distaccò da tale indirizzo repressivo il codice Zanardelli, che anzi aumentò le incriminazioni preesistenti che limitavano la libertà di espressione, prevedendo le fattispecie di apologia di reato, di istigazione a delinquere, di incitamento "alla disobbedienza della legge" e di vilipendio¹²⁷. Immediate furono le reazioni della dottrina, che non mancò di sottolineare come tali norme fossero prive di giustificazione. Le preoccupazioni maggiori derivarono dall'uso che ne avrebbe fatto la giurisprudenza: "uso

¹²⁴ PESSINA, *op.cit.*, p. 20. FIORE C., *I reati di opinione cit.*, p. 17 "la dottrina finisce ben presto per prendere atto che l'abolizione dei reati di lesa maestà [...] era stata, in realtà poco più che una lustra".

¹²⁵ FIORE C., *op.cit.*, p. 19, il quale fa risalire l'attuale problematica dei reati di opinione proprio all'affermazione degli Stati liberali.

¹²⁶ In materia dei delitti di opinione, lo Statuto Albertino fornì un vademecum completo, accanto alle fattispecie di attentato o cospirazione "contro la sacra persona del Re o Reale famiglia", erano previste ipotesi criminose che possono considerarsi i precursori delle figure di istigazione, apologia e vilipendio. Si pensi all'art. 24, in cui compare per la prima volta l'espressione apologia: "qualunque offesa contro la inviolabilità del diritto di proprietà, il rispetto dovuto alla legge, ogni apologia di fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale, ogni provocazione all'odio fra le varie condizioni sociali, e contro l'ordinamento della famiglia sarà punito". Tale tendenza repressiva fu sviluppata anche nel codice penale "sardo-italiano" del 1859.

¹²⁷ Le critiche più accese riguardarono le fattispecie di vilipendio, in particolare l'art. 121 del progetto al codice che incriminava "chiunque pubblicamente vilipende la legge o le istituzioni da essa stabilite", in quanto si sosteneva che tali previsioni fossero prive di giustificazione. Altrettanto aspra furono le riserve della dottrina sull'art. 247 del codice Zanardelli che incriminava l'apologia di delitto, l'incitamento alla disobbedienza della legge e l'incitamento all'odio tra le classi sociali. Significativa al riguardo è la critica mossa da ESOBEDO G., *A proposito del reato di incitamento alla disobbedienza della legge e d'istigazione all'odio tra classi sociali*, in *Gius. pen.*, 1895, p. 1441, "è ben doloroso che oggi si adoperano per combattere i socialisti, i repubblicani ecc., quelle medesime armi con le quali governi caduti nel ridicolo e nell'esecrazione combattevano i liberali".

che darà ragione ai suoi critici”¹²⁸. Infatti, in questo periodo, la Cassazione mostra un indirizzo fortemente repressivo del dissenso, applicando le norme in materia di apologia e istigazione come mezzo di lotta politica¹²⁹.

La promulgazione del codice Rocco non ha segnato una svolta definitiva rispetto alla legislazione antecedente. Sebbene nei lavori preparatori emerga come il codice sia ispirato “ad una concezione ben diversa dei rapporti tra lo Stato e il cittadino”¹³⁰, la dottrina ravvisa una sorta di continuità con il codice del 1889. Tale continuità emerge se si considera che è rimasta immutata l’oggettività giuridica tutelata dalle norme che incriminano i reati di opinione. La differenza rispetto al sistema previgente resta essenzialmente quantitativa, nel senso che si assiste ad un inasprimento del trattamento sanzionatorio¹³¹.

In materia di delitti di opinione il Codice del ’30 acuisce le tendenze autoritarie dell’epoca liberale¹³², come risulta dall’intitolazione del Titolo I del libro II. Alla denominazione “delitti contro la sicurezza dello Stato”, apparsa restrittiva poiché rivolta a garantire agli interessi dello Stato una protezione minima, si sostituisce l’espressione “delitti contro la personalità dello Stato”, in quanto si afferma che la tutela penale deve essere garantita “a tutto quel complesso di

¹²⁸ FIORE, op. cit., p. 29. L’insigne autore ricorda come le espressioni “Evviva la bandiera rossa; avanti tutti alla riscossa; evviva l’anarchia abbasso il re” costituivano, secondo la giurisprudenza, istigazione a delinquere.

¹²⁹ MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Verona, 1890, pp. 699 ss, secondo cui “la prassi giudiziaria, attraverso l’applicazione di tali norme, concretò atti di politica e non di giustizia”.

¹³⁰ ROCCO. A., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, Roma, 1929, p.8.

¹³¹ Nello stesso senso v. FIORE C., op.cit., p. 14 ss., in cui l’autore oltre a sottolineare la continuità nella tradizione legislativa tra l’ordinamento liberale e quello del regime fascista, mette in evidenza che “le previsioni del nuovo codice, laddove si distaccano più nettamente dal codice Zanardelli, svelano più remote ascendenze, rinvenibili nel codice del 1859, nell’Editto sulla stampa, o addirittura nel codice sardo piemontese del 1839”; così anche GALLO E., MUSCO E., *Delitti contro l’ordine costituzionale*, Pàtron, Bologna, 1984, p. 18 “è utopico pensare che una legislazione così radicalizzata possa considerarsi sganciata da tutta la tradizione normativa che la precede”; FIANDACA G., *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale. Dibattito su “il codice Rocco cinquant’anni dopo”*, in *La Questione criminale*, 1981, I, p. 72 ss., il quale sottolinea che l’incremento della repressione “ non sembra presentare elementi di novità da un punto di vista qualitativo: nella misura in cui non sfocia in una vera e propria rottura dei principi del diritto penale del fatto, la stretta rigoristica intervenuta nell’ambito dei criteri generali di responsabilità, rimane, infatti, pur sempre inquadrabile in un modello astratto di risposte repressive potenzialmente non estranee alla fase liberale-autoritaria di uno Stato borghese”.

¹³² In tal senso v. FIANDACA G., op. cit., p.76; DI GIOVANE A., *ult. op. cit.*, p. 52, il quale sostiene che il confronto tra i due codici debba svolgersi in un’ottica di “sublimazione autoritaria” del sistema penale liberale.

interessi politici fondamentali, rispetto ai quali lo Stato intende affermare la propria personalità”¹³³.

Con l’avvento della Costituzione repubblicana, unanime dottrina auspicava l’abrogazione dei reati di opinione, considerando poco ragionevole la sopravvivenza in uno Stato democratico, di quelle stesse norme che servirono a punire il dissenso antifascista¹³⁴, quasi a voler sottolineare l’idea che la valenza delle norme resti immutata nonostante il diverso contesto in cui esse vivono e sono applicate¹³⁵. Tale orientamento, etichettando i reati di opinione come “reati fascisti”, sembra non considerare come norme di questo tipo sono previste anche in ordinamenti non autoritari. Ancora argomentando in tal modo si finirebbe per considerare illegittime le norme, solo perché nate in un contesto storico e politico diverso.

Inoltre, occorre rilevare come i più fermi critici all’incriminazione dei reati di opinione, siano forse spinti più che dalla preoccupazione della criminalizzazione del dissenso politico, quanto dal timore di abusi da parte della giurisprudenza nella fase di concreta attuazione¹³⁶.

Significativa, in proposito, è la giurisprudenza della Corte costituzionale, che pur riconoscendo che “alla base del codice vigente sta una concezione autoritaria”¹³⁷ ha rifiutato il criterio della *ratio storica*, affermando che “l’origine e la *ratio* iniziale di una disposizione non possono considerarsi decisive per una esatta interpretazione nell’ambito del sistema, dal momento che, quali siano il tempo e l’occasione che le hanno dato vita, la norma va esaminata nella sua obiettiva struttura ed interpretata nella sua reale portata, per essere posta a confronto del precetto costituzionale che si assume violato”¹³⁸.

¹³³ ROCCO A., *op.cit.*, p.7.

¹³⁴ PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Napoli, 2000, p. 116 il quale ritiene sconcertante il fatto che i reati di opinione, che servirono alle esigenze repressive del sistema di governo fascista, siano sopravvissute nell’ordinamento repubblicano grazie all’opera di convalida del legislatore e della corte costituzionale.

¹³⁵ DI GIOVANE A., *I confini cit.*, p. 59 nota 181, il quale critica l’orientamento che insiste sul carattere fascista delle norme del codice penale e osserva come “la stagione di grande tensione intellettuale del dibattito giuridico e politico a favore dell’eliminazione dei reati di opinione, si esaurisce [...] grosso modo alla fine degli anni ’70, in sostanziale concomitanza, con il passaggio [...] dalla cultura della violenza, alla pratica sanguinaria.

¹³⁶ GUARNIERI G., *op. cit.*, p. 78

¹³⁷ Corte Cost. n. 109/1968, in *Giur. cost.*, 1968, p.1704.

¹³⁸ Corte Cost. n.87/1966, in *Giur. cost.*, 1966, p. 1100; v. anche le sentenze n.108/1974 e n. 65/1970.

Quanto alle ultime vicende occorre sottolineare che il legislatore ha inserito nell'ordinamento nuovi reati di opinione. Ci si riferisce alla legge n. 645 del 1952, c.d. legge Scelba, attuativa della XII disposizione transitoria della Carta Costituzionale, che, con l'obiettivo di impedire la riorganizzazione del partito fascista, introduce due fattispecie penali "a carattere esclusivamente ideologico"¹³⁹: l'apologia di fascismo e le manifestazioni fasciste; alla legge n. 206 del 25 giugno 1993, c.d. legge Mancino, che introduce il reato di propaganda razzista e alla legge n. 115/2016, introduttiva della discussa fattispecie di negazionismo.

Da questa breve analisi storica emerge la sostanziale continuità della legislazione nell'incriminazione dei reati di opinione, i quali, hanno superato indenni i numerosi tentativi di riforma e il vaglio di compatibilità della Corte costituzionale¹⁴⁰.

1.3 I reati di opinione nella giurisprudenza costituzionale

Il giudice delle leggi attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, ha salvato l'impalcatura dei reati di opinione, conferendo agli stessi "un nuovo volto" compatibile con la Carta Costituzionale.

La Corte costituzionale, chiamata più volte pronunciarsi in materia, ha fornito un'interpretazione diretta a valorizzare l'offensività della condotta, sottolineando la necessità di un *quid pluris* rispetto alla manifestazione di un semplice pensiero. Le sentenze in materia di delitti di opinione rilevano un'omogeneità di fondo: l'esercizio di una libertà costituzionale non può essere compromessa se non nei limiti del pericolo concreto. Dunque, la giurisprudenza costituzionale ha individuato, quale criterio di legittimazione dei delitti di opinione, quello della idoneità della condotta a porre concretamente in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma, sempre che tale bene abbia rilievo costituzionale.

A tale conclusione i giudici della Consulta sono pervenuti già nella sentenza n.87 del 1966 avente ad oggetto l'ormai abrogata fattispecie di propaganda sovversiva di cui all'art. 272 c.p. Con riferimento al primo comma (che puniva la propaganda "per la istaurazione violenta della

¹³⁹ Come precisato da BARILE P., DE SIERVO U., *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, pp. 970 ss.; STRADELLA E., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Giappichelli, Torino, 2008, p.150.

¹⁴⁰ DI GIOVANE A., *op. cit.*, p. 35; AMATO G., *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in *Dem. dir.*, 1966, p.485. In senso contrario FIORE C., *op. cit.*, pp.86 ss.; GAMBERINI A., *"I pensieri leciti" della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 672.

dittatura, o per la soppressione violenta di una classe sociale, o per il sovvertimento violento degli ordinamenti sociali ed economici costituiti nello Stato, o per la distruzione di ogni ordinamento politico e giuridico della società”), la Corte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sulla base della motivazione che, la propaganda “in quanto diretta al ricorso alla violenza come mezzo per conseguire un mutamento nell’ordinamento vigente” ha come fine quello di suscitare azioni violente, e si pone, dunque, in rapporto immediato con l’azione, risultando “idonea a determinare reazioni che sono pericolose per la conservazione di quei valori che ogni Stato, per necessità di vita, deve pur garantire”. A conclusione diverse giunge in merito al secondo comma (che puniva la propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale), il quale viene dichiarato costituzionalmente illegittimo, in quanto la relativa propaganda non è diretta a suscitare azioni violente, essendo la tutela penale apprestata ad un mero sentimento, che resta nella sfera del pensiero.

A simili conclusioni, la Corte costituzionale è pervenuta in merito all’apologia di delitto, ex all’art. 414, terzo comma c.p., di cui ne ha dato un’interpretazione restrittiva¹⁴¹, richiedendo che la condotta fosse concretamente idonea a provocare la commissione di un delitto, così finendo per considerarla un’ipotesi di istigazione indiretta.

Analogo ragionamento, in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata, è stato ribadito con riguardo al reato di istigazione all’odio fra le classi sociali ex art. 415 c.p.¹⁴² Il giudice delle leggi, richiamando i criteri stabiliti dalla sentenza n. 85 del 1966, dichiara l’illegittimità costituzionale della norma per la sua indeterminatezza, in quanto “non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità”. Dunque, l’istigazione vietata è solo quella “concretamente pericolosa”.

Le sentenze esaminate contengono due importanti indicazioni ermeneutiche, valide per l’interpretazione di ogni delitto di opinione: in primo luogo l’anticipazione della tutela al pericolo astratto non è legittima quando riguarda condotte che costituiscono espressione di un diritto costituzionale. Quindi, per un recupero della legalità, le fattispecie devono essere ricostruite in termini di pericolo concreto; in secondo luogo, quando viene in rilievo, come “controinteresse” al bene giuridico tutelato dalla norma, una libertà costituzionale, il precetto penale deve essere interpretato restrittivamente. Questa interpretazione restrittiva consente di

¹⁴¹ Corte cost., n.65 del 1970 in Riv. it. dir. proc. pen., con nota di G. BOGNETTI, 1971, n. 18.

¹⁴² Corte cost., n. 108 del 1974, in Riv. it. dir. proc. pen., 1974, p. 444 s.

salvaguardare l'essenza della libertà costituzionale e conferisce maggiore determinatezza alle fattispecie¹⁴³.

Quindi, relativamente a quelli che vengono definiti reati di provocazione (v.infra par. 2), è affidato al pericolo concreto il compito di rendere le fattispecie che puniscono una manifestazione del pensiero il più possibile compatibile con il diritto garantito dall'art. 21 della Costituzione.

1.4 La riforma sui reati di opinione: focus sulla legge n.85 del 2006

Le istanze di riduzione dell'ambito del penalmente rilevante, espresse dalla giurisprudenza costituzionale, sono state recepite dal legislatore, sebbene solo in parte, con la legge 24 febbraio del 2006, n. 85 recante "Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione". Infatti, la riforma si pone l'obiettivo di conferire maggiore determinatezza alle fattispecie oggetto di modifica, evidenziando lo scopo perseguito dal legislatore di dare ai reati di opinione "un volto" compatibile con la Costituzione¹⁴⁴.

Ciò premesso, appare opportuno analizzare la riforma partendo dai delitti contro la personalità dello Stato, per poi passare ai delitti contro le confessioni religiose e infine, si concentrerà l'attenzione sulle modifiche dei reati di opinione.

In materia di delitti contro la personalità dello Stato, la novella prende in considerazione tre fattispecie di attentato collocate nel Titolo I del codice penale dedicato ai delitti contro la personalità dello Stato: si tratta dell'art. 241 rubricato come "attentato contro l'integrità, l'indipendenza e l'unità dello Stato", dell'art. 283 "attentato contro la Costituzione dello Stato" e dell'art. 289 "attentato contro gli organi costituzionali e contro le assemblee regionali", la novella interviene su di un duplice fronte: delimita l'area del penalmente rilevante, introducendo il doppio requisito della "violenza" e della "idoneità" degli atti, e riduce il

¹⁴³ In questi termini v. PULITANÒ D., *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in VASSALLI G., (a cura di) *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, p. 245

¹⁴⁴ La novella è stata considerata, da illustri penalisti, come un intervento normativo "scoordinato, asimmetrico e contraddittorio". Sul punto v. PADOVANI T., *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo stato*, in *Guida al diritto*, 2006, n.14, p. 23; CLEMENTE A., *Modifiche al c.p. in materia di reati di opinione, a seguito della l. n. 85 del 2006*, in *Giurisprudenza di merito*, I, 2007, p. 33.

trattamento sanzionatorio¹⁴⁵. Da notare come, mentre il requisito della violenza compare in tutte e tre le fattispecie criminose considerate, quello dell'idoneità è stato inserito solo negli artt. 241 e 283 c.p.; per il delitto di cui all'art. 289 c.p., si richiede solo il compimento di atti violenti e non anche l'idoneità degli stessi. Tale intervento "puntiforme"¹⁴⁶ del legislatore potrebbe comportare, attraverso un'argomentazione *a contrario*, conseguenze paradossali: si potrebbe affermare che, nelle fattispecie in cui non è espressamente prevista, l'idoneità degli atti non sia richiesta. Proprio in virtù di una simile osservazione, tale elemento avrebbe dovuto essere introdotto in tutte le fattispecie di attentato¹⁴⁷. Qualche riserva, può esprimersi anche in relazione al requisito della violenza, che esclude la rilevanza penale di fatti illeciti, quali l'abuso di poteri o la minaccia, comunque idonei ad attentare al corretto funzionamento delle istituzioni: *quid iuris* se l'attentato venisse commesso con abuso di pubblici poteri?¹⁴⁸

Si espone ai medesimi rilievi critici l'intervento relativo al delitto di associazione sovversiva di cui all'art. 270 c.p., che incriminava le sole associazioni comuniste, socialiste ed anarchiche, e richiedeva che il programma criminoso fosse diretto a stabilire la dittatura di una classe sociale sulle altre, ovvero alla soppressione di una classe sociale o alla sovversione di ogni ordinamento politico e giuridico della società. Il legislatore ha modificato gli scopi associativi che devono essere diretti alla sovversione violenta degli ordinamenti economici o sociali costituiti nello Stato o alla soppressione violenta dell'ordinamento politico e giuridico dello Stato, così eliminando i riferimenti ideologici che connotavano la previsione, e ha introdotto accanto

¹⁴⁵ Si passa dalla pena dell'ergastolo alla reclusione non inferiore a dodici anni per il delitto di cui all'art. 241 c.p.; dalla reclusione non inferiore a dodici anni a una non inferiore a cinque per il delitto di cui all'art. 283 c.p.; dalla reclusione non inferiore a dieci anni a una fissata nel minimo a un anno e nel massimo a cinque per il delitto di cui all'art. 289 c.p.

¹⁴⁶ L'espressione è di PADOVANI T., *op. cit.*, p.24.

¹⁴⁷ In tal senso v. PELISSERO M., *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Diritto penale e processo*, n.8, 2006, p. 962, il quale evidenzia come "non esista una plausibile giustificazione a supporto dell'inserimento settoriale del requisito dell'idoneità: tale scelta appare per un verso inutile, alla luce del consolidato orientamento interpretativo della struttura dei delitti di attentato, per altro verso contraddittoria e foriera di nuovi interrogativi"; GAMBERINI G., INSOLERA G., *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti*, in *Dir. e giustizia*, 2006, VI, p.94; VISCONTI C., *Il legislatore azzecagarbugli: le "modifiche in materi di reati di opinione" introdotti dalla L. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Foro it.*, V-11, 2006, p. 218;

¹⁴⁸ PULITANÒ D., *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corriere giuridico*, n. 6/2006, p.745. Nello stesso senso si esprime NOTARO D., *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Legisl. Pen.*, III, 2006, p. 404.

all'avverbio “violentemente”, il requisito dell'idoneità dell'associazione al perseguimento dei fini illeciti. Anche in questo caso si giunge al medesimo risultato messo in evidenza in relazione ai delitti di attentato: ragionando a contrario, potrebbe sostenersi che le altre fattispecie associative sarebbero punibili anche se inidonee al raggiungimento degli scopi criminosi¹⁴⁹.

Per quando riguarda più propriamente i reati di opinione, la novella provvede ad abrogare alcune fattispecie, e interviene sui reati di vilipendio politico (artt. 292 e 299 c.p.) e religioso (artt. 403, 404 e 405 c.p.). L'opera di “smaltimento delle fattispecie”¹⁵⁰ ha coinvolto in particolare il delitto di propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale di cui all'art. 272 c.p., peraltro già segnato da una pronuncia della Corte costituzionale¹⁵¹. Parimenti sono stati abrogati l'art. 269 c.p. (attività antinazionale del cittadino all'estero), l'art. 279 c.p. (lesa prerogativa della irresponsabilità del Presidente della Repubblica), e le circostanze aggravanti ex artt. 292-bis e 293 c.p.

Quanto ai reati di vilipendio, non si pone un problema di tipizzazione normativa, in quanto ad essere posta in discussione è “l'*an stesso della tutela*”¹⁵², pertanto, sarebbe stato più opportuno procedere ad una completa abrogazione. Invece, queste vengono mantenute, e il legislatore, nel tentativo di tipizzare maggiormente la condotta, introduce nel testo degli artt. 292 e 299 c.p. (vilipendio alla bandiera dello Stato italiano e vilipendio alla bandiera di uno Stato estero) il requisito delle “espressioni ingiuriose” come mezzo di realizzazione del vilipendio.

Si stenta a comprendere il senso della riforma se si considera come da un lato, il legislatore ha sostituito la pena detentiva con quella pecuniaria, procedendo così ad una “bagattellizzazione

¹⁴⁹ Per una più attenta disamina sulla riforma in materia di associazione sovversiva si veda PELISSERO M., *op. cit.*, p. 969, che mette in luce come la riformulazione dell'art. 270 rende ancora più confusi i rapporti con l'art. 270-bis.

¹⁵⁰ NOTARO, *op. cit.*, p. 409.

¹⁵¹ Ci si riferisce alla sentenza n. 87/1966 ha dichiarato incostituzionale il secondo comma dell'art. 272 c.p., che puniva chiunque fa propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale. La Corte ha infatti ritenuto che in questa ipotesi la propaganda “non è indirizzata a suscitare violente reazioni”, dal momento che il sentimento nazionale, cui fa riferimento la norma “corrisponde al modo di sentire della maggioranza della Nazione e contribuisce al senso di unità etica e sociale dello Stato. Ma è pur tuttavia soltanto un sentimento, che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità”. (v. *infra* 2.1)

¹⁵² MASSARO A., *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuti e limiti della L. n.85 del 2006*, in *Cass. pen.*, 11, 2006, pp. 3863 ss.,

dell'offesa"¹⁵³; dall'altro ha aggiunto la fattispecie di "vilipendio reale" nel secondo comma dell'art. 292 c.p., in virtù del quale si punisce con la reclusione fino a due anni "chiunque pubblicamente e intenzionalmente" danneggia la bandiera nazionale, non anche quella estera, con la conseguenza che in questa ipotesi troverà applicazione la tutela comune prevista dall'art. 635 c.p. e qualora ricorra anche l'aggravante di cui al secondo comma, la pena sarà superiore rispetto a quella prevista per l'omologa condotta posta in essere nei confronti della bandiera nazionale¹⁵⁴.

In materia di vilipendio religioso il legislatore si è limitato, a parte qualche modifica¹⁵⁵, a recepire i moniti della Corte costituzionale:¹⁵⁶ scompare così il riferimento alla "religione di Stato" e ai "culti annessi", sostituiti dall'espressione "confessioni religiose", che compare già nella rubrica del Capo I del Titolo IV del codice penale, e la distinzione sanzionatoria fondata sul tipo di religione offesa.

Sulla stessa linea d'intervento si collocano le lievi modifiche, aventi ad oggetto la ridefinizione delle condotte punibili e il trattamento sanzionatorio, apportate in tema di discriminazione

¹⁵³ PELISSERO M., *op. cit.*, p. 968, che giustamente osserva come "o si ritiene che il prestigio dello Stato sia un bene meritevole e bisognoso di tutela penale, e allora tale considerazione dovrebbe tradursi in un trattamento sanzionatorio adeguato al rango dell'interesse protetto [...] oppure si dovrebbe procedere all'abrogazione di tali fattispecie".

¹⁵⁴ La dottrina, in relazione a tale fattispecie, evidenzia come risulti difficile comprendere le ragioni che hanno indotto il legislatore a ritenere più grave l'aggressione alla bandiera nazionale commessa con atti di danneggiamento rispetto al caso delle espressioni ingiuriose, non potrebbe forse dirsi che "insultare veemente in una piazza ghermita la bandiera nazionale, affermando che è sporca del sangue di vittime innocenti, abbia un impatto sul pubblico anche maggiore del gesto di imbrattarla con la vernice rossa"? Si veda PADOVANI T., *op. cit.*, p. 27; VISCONTI C., *op. cit.*, p. 221.

¹⁵⁵ L'intervento riformatore ha abrogato l'art. 406, ha previsto la sola pena pecuniaria per l'art. 403 c.p. (offesa ad una confessione religiosa mediante vilipendio di persone) e ha riformulato l'art. 404 c.p. (offesa ad una confessione religiosa mediante vilipendio di cose) in modo simmetrico rispetto al vilipendio alla bandiera: anche qui comprare il riferimento alle "espressioni ingiuriose" e al danneggiamento, punito con la reclusione solo se commesso intenzionalmente e pubblicamente.

¹⁵⁶ Si vedano in materia le sentenze C. cost. n. 329/1997, in Foro. It., 1998, I, p. 26; n. 327/2002, in *id.*, 2002, I, p. 2941; n.168/2005, in *id.*, 2005, I, p. 2288, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, rispettivamente gli artt. 404.1, 405, 403 c.p. nella parte in cui prevedevano sanzioni diverse a seconda della religione offesa; C. cost., n. 508/2000, in Foro.it, 2002, I, p. 985, con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del vilipendio diretto di cui all'art. 402 c.p.

razziale di cui all'art. 604 bis c.p.¹⁵⁷. Sul piano strutturale, si prevede la sostituzione della condotta di “incitamento” con quella di “istigazione”, e della condotta di “diffusione” con quella di “propaganda”. In dottrina è stato sottolineato come si tratta di modifiche linguistiche superflue e prive di significato, che non comportano cambiamenti dal punto di vista sostanziale, in quanto “incitamento e istigazione risultano essere equivalenti nel disegnare una condotta diretta a sollecitare il compimento di atti di discriminazione”¹⁵⁸. Anche la Cassazione, ha ritenuto che la sostituzione del verbo “incitare” con quello “istigare” non ha comportato una modifica della portata incriminatrice della norma, essendo null'altro che una precisazione linguistica¹⁵⁹. Appare, invece, più rilevante la sostituzione della condotta di “diffusione” con quella di “propaganda”, dal momento che quest'ultima richiede un *quid pluri*: “diffondere equivale a divulgare e far conoscere, diversamente, la propaganda implica una azione idonea ad influire sulla psicologia e sul comportamento altrui”¹⁶⁰. Tuttavia, l'utilizzo del verbo “propagandare” apparirebbe irragionevole e confermerebbe la contraddittorietà dell'intervento normativo, dal momento che la fattispecie di propaganda, di cui all'art. 272 è stata abrogata dalla medesima riforma¹⁶¹.

Alla luce delle considerazioni svolte appare evidente come ci sia molta strada da compiere per una riforma che risolva le ambiguità dei reati di opinione e comporti un'emancipazione della libertà di espressione¹⁶².

¹⁵⁷ Introdotto dal D.lgs 21/2018 che ha abrogato l'art. 3 della l. 654/1975.

¹⁵⁸ PADOVANI T., *op. cit.*, p.28. Nello stesso senso v., VISCONTI C., *op. cit.*, p. 223; GAMBERINI A., INSOLERA G., *Legislazione penale compulsiva cit.*, p. 158; SPENA A., *op. cit.*, p. 732.

¹⁵⁹ Cass., Sez. III, n.37581/ 2008.

¹⁶⁰ SALOTTO F., *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione (L.13 ottobre 1975, n.654; L. 24 febbraio 2006, n.85)*, in RIODATO S., (a cura di) *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Cedam, Padova, 2006, p.170. Nello stesso senso VISCONTI C., *op.cit.*, p. 223. Di avviso contrario è PELISSERO M., *op. cit.*, p. 1206, il quale osserva “se la nozione di propaganda è più ristretta della precedente, il nuovo art. 3 contrasta con la Convenzione internazionale firmata a New York il 7 marzo 1966 relativa alla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale”, il cui art. 5 obbliga gli Stati contraenti a punire ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale; “in caso contrario rappresenta una mera revisione formale della fattispecie priva di effetti sostanziale”.

¹⁶¹ ALESIANI L., *I reati di opinione, una rilettura in chiave costituzionale, cit.*, p.120, la quale, inoltre rileva come l'utilizzo del verbo “propagandare” non attribuisce maggiore determinatezza alla fattispecie.

¹⁶² PASCARELLI R., *La riforma dei reati di opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *Ind. Pen.*, 2006, p. 716.

2. Definizione

Dei reati di opinione non esiste una definizione generalmente valida ed accettata. Discussa è la stessa denominazione “reati di opinione”, dal momento che anche in relazione a tali figure criminose è necessaria una condotta esterna, in virtù del principio *cogitationis poena nemo patitur*. Secondo autorevole dottrina¹⁶³, sarebbe più corretto parlare di “reati di espressione” in relazione alla loro modalità esecutiva: non viene punito un pensiero in quanto tale, ma l’estrinsecazione di un pensiero.

La nozione, infatti, non brilla per chiarezza: alla lettera sembrerebbe riferirsi a reati che si sostanziano non in un *facere* o in un *non facere*, ma in un *dicere*¹⁶⁴, cioè nell’esprimere un pensiero riguardo a qualcosa. Una simile osservazione finirebbe per ampliare il catalogo dei reati di opinione finendo per ricomprendervi anche figure delittuose che non presentano le caratteristiche proprie e non pongono gli stessi problemi¹⁶⁵. Ad esempio, si finirebbe per considerare tali non solo l’ingiuria e la diffamazione, ma anche la falsa testimonianza (art. 372 c.p.), la minaccia (art. 612 c.p.), il disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone (art. 659 c.p.): tutte fattispecie che incriminano atti che si risolvono in un *dicere*, ma che non presentano le peculiarità proprie dei reati di opinione¹⁶⁶.

Premessa l’inadeguatezza della definizione poc’anzi esposta, che si limita ad un’equivalenza tra reati di opinione e manifestazione del pensiero, occorre individuare le ipotesi criminose che, secondo la dottrina maggioritaria rientrano più propriamente nella categoria dei delitti in questione, per poi cercare di tratteggiarne le comunanze.

¹⁶³ BOGNETTI G., *Apologia di delitto cit.*, p. 55.

¹⁶⁴ Questa è la nozione prospettata da MANTOVANI F., *I reati di opinione*, in *Il ponte*, 1971, p.206

¹⁶⁵ SPENA A., *op. cit.*, p. 690

¹⁶⁶ Di avviso contrario è MANTOVANI F., *I reati di opinione cit.*, pp. 206 ss., che abbracciando una concezione ampia della categoria dei reati di opinione, vi ricomprende anche i reati offensivi dell’onore delle persone, quali l’ingiuria e la diffamazione e i reati di oltraggio. Nello stesso senso ALESIANI L., *op. cit.*, p. 4 secondo cui sotto l’etichetta “reati di opinione andrebbero ricomprese tutte quelle ipotesi di reato che presentano dei profili di potenziale conflittualità con la libertà di espressione, vale a dire non solo l’apologia, l’istigazione, la propaganda, ma anche quelle che puniscono l’ingiuria e la diffamazione, o che incriminano le pubblicazioni e gli spettacoli osceni; PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla riforma del titolo I libro II c.p.*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1982, p.39 che distingue i reati di opinione in tre gruppi: Il primo comprende i reati di istigazione e di apologia, il secondo i reati di offesa, il terzo i reati di vilipendio.

Partendo dal presupposto che non esiste un unitario criterio classificatorio, ci accingeremo ad illustrare quelle che rappresentano, nel panorama dottrinale moderno, le due principali classificazioni.

La prima - che più che una classificazione, rappresenta una partizione interna dei reati di opinione - fa riferimento al bene giuridico tutelato e considera reati di opinione: a) il vilipendio, l'apologia e la propaganda contro lo Stato (art. 272, 290, 291, 292 e 299 c.p.), b) l'apologia di delitto (art. 414 c.p.), c) le diverse ipotesi di vilipendio contro la religione (art. 403, 404, 406 c.p.), d) la propaganda razzista ex art. 604 bis c.p.¹⁶⁷.

Tali fattispecie, prescindendo dalle specificità di ciascuna, avrebbero in comune alcuni elementi. Il primo elemento unitario è di facile individuazione: si tratta di reati che consistono nell'espressione "recettiva di un pensiero"¹⁶⁸, in altre parole non si incrimina il palesamento di un'opinione in quanto tale, essendo necessaria anche l'altrui percezione¹⁶⁹. Dunque, la condotta deve sostanziarsi in un atto meramente comunicativo, vale a dire che oggetto dell'incriminazione è il fatto in sé della comunicazione, indipendentemente dalle modalità espressive utilizzate e dagli effetti che il messaggio possa produrre rispetto alla mera ricezione del messaggio: ciò che conta è il contenuto del messaggio che si intende trasmettere. Infatti, il pensiero deve avere un contenuto critico, non semplicemente informativo o narrativo: deve trattarsi della manifestazione di un giudizio, di un punto di vista, di una propria visione della realtà. Infine, ulteriore elemento caratterizzante i reati di opinione sarebbe il bene giuridico tutelato: queste fattispecie, infatti, sarebbero accumulate dal fatto di tutelare beni collettivi, quali sentimenti o valori morali sovra-individuali.

Traendo le somme del discorso è possibile affermare che i reati di opinione si sostanziano in esternazioni recettive di un pensiero critico, che offendono valori o sentimenti sovra-individuali. Il risultato di tale classificazione è di escludere dal novero dei reati ideologici le fattispecie di istigazione e di diffamazione. Difatti, nell'istigazione non si punisce una condotta puramente comunicativa, richiedendosi un *quid pluris*: l'idoneità a innescare un collegamento tra pensiero

¹⁶⁷ Questa è la classificazione proposta da SPENA A., *op. cit.*, p. 691,

¹⁶⁸ SPENA A., *op. cit.*, p. 692.

¹⁶⁹ Così MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale I: delitti contro la persona*, VI ed., Cedam, Padova, 2016, p. 201 "Per la loro sussistenza è necessaria non solo l'esternazione, in tutti i modi possibili, ma anche l'altrui percezione, l'altrui presa di coscienza del pensiero offensivo".

e azione, tale da costituire un diretto antecedente dell'azione delittuosa; mentre i reati di diffamazione sarebbero esclusi perché posti a tutela di valori individuali.

Sebbene tale classificazione abbia il merito di fornire una visione restrittiva dei reati di opinione, non potrebbe condividersi l'assunto in base al quale non si considera l'istigazione un reato ideologico, soprattutto se viene adottata come giustificazione il fatto che in questa ipotesi il legislatore incrimina non un contenuto di pensiero, ma gli effetti che tali forme espressive sono capaci di produrre nella realtà.

Il secondo dei criteri classificatori fa, invece, leva sull'indagine storica, e suddivide i reati di opinione in due gruppi: i reati di offesa, che comprendono sia reati di offesa in senso stretto che le fattispecie di vilipendio, e i reati di provocazione, comprensiva delle ipotesi di istigazione, apologia e propaganda¹⁷⁰.

Se in riferimento al primo gruppo di reati appare evidente il fenomeno della "personificazione dello Stato", nel senso che si attribuisce allo Stato una tutela dell'onorabilità, che dovrebbe appartenere solo alla persona fisica; invece, i reati di provocazione si caratterizzano per una maggiore "politicizzazione", nel senso che il legislatore ricorre ad essi nei momenti di maggiore tensione sociale e politica, in risposta a situazioni di emergenza¹⁷¹.

Entrambe le classificazioni sopra esposte mostrano dei pregi: la prima consente di individuare le problematiche insite nei reati di opinione, mentre la seconda consente una trattazione maggiormente sistematica degli stessi.

2.1 I reati di provocazione: l'istigazione, apologia e propaganda

Così definiti i reati di opinione, occorre esaminare le fattispecie di provocazione, che si è soliti far rientrare in tale categoria.

Partendo dall'istigazione essa è prevista come elemento costitutivo di diversi reati: numerose sono, infatti, le norme della parte speciale del codice penale che incriminano l'istigazione, basti pensare agli artt. 266, 302, 322, 414, 414 bis, 415 e 604-bis c.p. Per quanto riguarda la

¹⁷⁰ Siffatta classificazione è suggerita da ALESIANI L., *op. cit.*, p.101, ed è in parte condivisa da PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici cit.*, p. 39. Così anche STRADELLA E., *La libertà di espressione politico-simbolica cit.*, p. 157 che raggruppa i reati di opinione in due categorie: quelli di provocazione e quelli di vilipendio.

¹⁷¹ In questi termini si esprime ALESIANI L., *op. cit.*, p. 101, che sottolinea per l'appunto come il momento di massima proliferazione e significatività delle fattispecie di provocazione coincide con le fasi dell'emergenza anarchica del 1880 e con i provvedimenti "a difesa dello Stato" emanati nel periodo fascista.

legislazione speciale possiamo richiamare il codice penale militare e la legge 9 ottobre 1967 n.962, che comprendono rispettivamente l'istigazione dei militari a disobbedire alle leggi e l'istigazione dei delitti di genocidio. Tali fattispecie costituiscono una deroga all'art. 115 c.p., per il quale l'istigazione a commettere un delitto non è punibile, se l'istigazione non è accolta e il reato non è stato commesso.

Pur essendo tali fattispecie diverse con riguardo ad oggetto e struttura, appare possibile elaborare un'interpretazione di condotta istigatoria, valida per tutte le fattispecie, essendo le stesse accomunate da un medesimo scopo di politica criminale: quello di anticipare la soglia della punibilità, apprestando ai beni giuridici una tutela più avanzata del tentativo¹⁷².

La dottrina è concorde nel ricostruire la nozione in un'accezione lata: l'istigatore non è, infatti soltanto colui che fa sorgere un proposito criminoso prima inesistente, ma è anche chi rafforza un proposito criminoso già esistente¹⁷³. E a tal proposito, si è parlato di istigazione primaria e di istigazione secondaria. Tale ricostruzione trova riscontro nell'art. 115 c.p. dal quale si desume "l'idoneità dell'istigazione a comprendere ogni forma di partecipazione morale"¹⁷⁴.

Ciò posto, l'istigazione è stata intesa come comportamento diretto a determinare o influenzare il processo di formazione della volontà di un altro soggetto. In altre parole, l'istigazione è una manifestazione di pensiero che deve spingersi oltre la sfera intellettuale, nel senso che deve essere causalmente idonea ad incidere sulla sfera volitiva di un soggetto. Dunque, l'istigazione richiede un *quid pluris* rispetto alla pura e semplice manifestazione del pensiero: richiede un principio d'azione, cioè deve assumere tale intensità da potersi considerare essa stessa azione¹⁷⁵.

¹⁷² In questi termini si esprime VIOLANTE L., *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XXII, 1972, p. 986.

¹⁷³ Questo orientamento è accolto dalla dottrina maggioritaria. Si veda ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 557; DOLCE R., *Istigazione a delinquere*, in *Enc. Dir.*, XXII, 1972, p.995; LA CUTE G., *Apologia e istigazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, 2007, p.1; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol.2, Utet, Torino, 1985, p. 655. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2017, p. 498. Tale interpretazione non è stata esente da critiche. In tal senso v. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 465, per i quali l'istigatore sarebbe solo colui che si limita a rafforzare o eccitare in altri un proposito criminoso già esistente.

¹⁷⁴ VIOLANTE L., *op. cit.*, p. 988. L'autore, inoltre afferma che tra istigazione e determinazione non vi è differenza di struttura, anzi tale differenza sarebbe contraddetta anche dall'art. 580 c.p. "laddove al titolo «istigazione al suicidio» corrisponde la previsione «chiunque determina altri al suicidio»".

¹⁷⁵ Corte d'Assise di Roma, 5 marzo 1981, in *Giur. it.*, 1981, II, p. 481; Per la dottrina si veda, GALLO E., MUSCO E., *Delitti contro l'ordine costituzionale cit.*, p.97; MANTOVANI F., *I reati di opinione cit.*, p.214.

Relativamente alle altre condotte dei reati di provocazione - ci si riferisce all'apologia e alla propaganda - sorgano maggiori problemi di definizione e di distinzione.

Quanto all'apologia, essa è prevista come elemento costitutivo di tre fattispecie: l'apologia di delitto, di cui all'art 414 comma 3 c.p., l'apologia del fascismo di cui alla legge n.645 del 1952 e l'apologia di genocidio ex art. 8 della legge n.962 del 1967.

Numerosi sono stati i tentativi dottrinali e giurisprudenziali di darne una nozione, non essendo essa presente nel nostro codice penale. L'apologia è stata intesa come approvazione, esaltazione, lode di un reato o del suo autore, al fine di rafforzare l'adesione degli ascoltatori, senza coinvolgerli in modo tale da attivarne la sfera volitiva¹⁷⁶. Intesa in questi termini, l'apologia si limita ad influenzare solo l'intelletto e non anche la *voluntas* dei destinatari¹⁷⁷. E, in ciò, si differenzerebbe dall'istigazione che invece richiede un pensiero più pregante diretto alla volontà del soggetto. Dunque, la differenza tra le due condotte è ravvisabile nella sua efficacia ad orientare il comportamento altrui.

Anche la giurisprudenza della Suprema Corte ha accolto questa prospettiva, ritenendo sufficiente ai fini dell'integrazione della condotta apologetica, "l'esaltazione di un giudizio favorevole, implicante l'approvazione convinta di un certo fatto e la conseguente adesione spirituale ad esso, con assoluta irrilevanza della possibilità di suscitare un impulso emulativo"¹⁷⁸. A conclusioni opposte è giunta la Corte Costituzionale, che pronunciandosi sulla legittimità costituzionale del 3 comma dell'art. 414 c.p., ha affermato che "l'apologia punibile è quella che per le sue modalità integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di reati"¹⁷⁹. Nella sentenza la Corte ha precisato che "poiché fatti preveduti come delitti, possono avere positivo contenuto morale o sociale" affinché il discorso apologetico sia punibile non basta l'esaltazione di un episodio criminoso, ma occorre l'esaltazione del disvalore giuridico espresso nell'incriminazione.

¹⁷⁶ Per la dottrina si vede: DOLCE R, *Istigazione a delinquere cit.*, p. 998; LA CUTE, *Apologia e istigazione cit.*, p. 1; GALLO E., MUSCO E., *op. cit.*, p.90; NUVOLONE P., *Il diritto penale della stampa*, Cedam, Padova, 1971, p. 166; ALESIANI L., *op. cit.*, p.26. Per la giurisprudenza il riferimento è a Cass., Sez. Un., 18 novembre 1958, in Riv. it. dir. proc. pen., 1960, pp. 183 ss.; Cass. 16 dicembre 1968, in Giust. pen., 1970, II, p. 46.

¹⁷⁷ MANTOVANI F., *op. cit.*, p. 214.

¹⁷⁸ Cass. Sez. Un. 18 novembre 1958, in Riv. it. dir. proc. pen., 1960, p. 183; Cass. 6 maggio 1966, in Cass. pen., 1967, p. 533.

¹⁷⁹ Corte Cost., sentenza n. 65/1970, in Giust. pen., I, 1970, p. 332.

Tale interpretazione ha finito per parificare l'apologia alla condotta istigatrice, configurandola come "istigazione indiretta", tanto da spingere autorevole dottrina a parlare di "duplicato pedissequo"¹⁸⁰. In tal modo, sebbene la Corte ha ricondotto la fattispecie, costruita in termini di pericolo presunto, al pericolo concreto, così rendendola compatibile con il principio di necessaria offensività del reato, ha al contempo reso difficile comprendere l'autonomia del reato di apologia rispetto all'istigazione¹⁸¹. Ciò, in virtù del fatto che "la concreta idoneità a provocare la commissione di delitti" è un requisito richiesto anche per l'istigazione, e dunque, le due fattispecie non sarebbero distinguibili neppure in base alla forma espressiva.

Occorre considerare che le applicazioni giurisprudenziali della fattispecie di apologia non sembrano uniformarsi al *dictum* della Corte¹⁸². Significativa, al riguardo è la sentenza n. 507 del 1985, in cui la Cassazione ritiene che il delitto di apologia di genocidio, di cui all'art.8 della l. n.962 del 1967¹⁸³, non possa interpretarsi alla stregua dei reati di apologia - che richiedono che la condotta si configuri come istigazione indiretta – trattandosi, nel caso di specie di un reato di pura condotta "che viene sanzionato per la sua intollerabile disumanità, per l'odioso culto dell'intolleranza razziale che esprime". La diversa configurazione del delitto sarebbe giustificata dal fatto che qualora si pretendesse un pericolo concreto di provocazione del genocidio, si sarebbe in presenza, nella maggior parte dei casi, di un reato impossibile¹⁸⁴.

¹⁸⁰ TRUCCO, *Brevi note sui più recenti atteggiamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 739

¹⁸¹ In termini problematici PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche cit.*, p.124. Per un'attenta disamina del reato di apologia di delitto BOGNETTI, *Apologia di delitto cit.*, pp. 55 ss.

¹⁸² In tal senso, Cass., 14 giugno 1994, in *Riv. pen.*, 1995, p. 1085, secondo la quale ai fini dell'integrazione del delitto di apologia è sufficiente la formulazione di un giudizio favorevole del fatto delittuoso, trattandosi di una figura con evento di pericolo presunto.

¹⁸³ L'art. 8 della l. n. 962/1971 punisce "chiunque pubblicamente fa apologia di alcuni dei delitti previsti dal comma precedente", ossia dei delitti di cui agli artt. da 1 a 5 della legge medesima, consistenti in atti diretti a commettere genocidio (art. 1), deportazione a fine di genocidio (art. 2) e relative circostanze aggravanti (art. 3), atti diretti a commettere genocidio mediante limitazione delle nascite (art. 4), e atti diretti a commettere genocidio mediante sottrazione di minori (art.5).

¹⁸⁴ Cass, sez. I pen., 29 marzo 1985, n.507, in *Foro it.*, II, 1986, p. 20. Sempre in materia di apologia di genocidio, un mutato orientamento si rinviene nella sentenza della Corte d'assise di Milano, 14 novembre 2001, (pubblicata in *Cass. pen.*, 2003, pp. 1066 ss.) che rifiuta l'interpretazione proposta dalla Cassazione. I giudici della Corte d'assise, partendo dalla premessa che "l'apologia di genocidio punibile, è solo quella che, per le modalità, le caratteristiche dei destinatari e il particolare momento politico-storico in cui si svolge, costituisce comportamento

Con riguardo alla propaganda, preliminarmente è necessario sottolineare come l'ipotesi principale costituita dalla propaganda sovversiva ex art. 272 c.p. è stata abrogata con l'intervento novellistico del 2006¹⁸⁵. L'unica fattispecie residua nel nostro ordinamento è quella prevista dall'art 604-bis c.p., che incrimina la propaganda di idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale o etnico.

La condotta di propaganda è stata intesa come “espressione di un pensiero circa idee o di dottrine, con la sola intenzione di diffondere le medesime”¹⁸⁶, e si distinguerebbe dall'apologia per un minore impegno del soggetto nell'esaltazione.

Trattandosi di un discorso “riguardo a”, che tende a fare seguaci, fin quando non arriva alla soglia del penalmente rilevante, che coincide con l'istigazione, resta pur sempre un discorso, la cui punibilità contrasterebbe con i principi costituzionali del diritto penale¹⁸⁷, e si configurerebbe come un puro reato di opinione.

3. Reati di opinione e costituzione

Dall'analisi storica e delle fattispecie esaminate si evince come nei reati di opinione risulta particolarmente labile il confine tra esercizio di un diritto garantito e l'ambito del penalmente rilevante. Non sempre, infatti è semplice stabilire quando la “parola pericolosa” debba ritenersi un crimine e non una libertà¹⁸⁸.

Per individuare il *discrimen* tra pensiero e azione occorre far riferimento a due principi penalistici fondamentali: il principio di materialità e quello di offensività. Si tratta di principi che pur caratterizzanti il sistema penale moderno, non trovano compiuta attuazione in tema di

concretamente idoneo a provocare la commissione del fatto esaltato”, e specificando che “l'idoneità della condotta apologetica deve essere verificata in relazione alla possibilità di verificare la reiterazione del comportamento esaltato”, assolve l'imputato, che nel corso di un'intervista giornalistica, aveva espresso approvazione per l'operato di Hitler.

¹⁸⁵ V. *supra* 1.3 e .1.4, rispettivamente per l'interpretazione della Corte costituzionale sul reato di propaganda sovversiva e per la sua abrogazione ad opera della l. 85/2006.

¹⁸⁶ LA CUTE, *Apologia e istigazione cit.*, p.1.

¹⁸⁷ ALESIANI L., *Reati di opinione cit.*, p. 275.

¹⁸⁸ SPENA A., *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2006, p. 847.

reati di opinione. È proprio in questa materia che si evidenzia il rischio che da un diritto penale del fatto si passi ad un diritto penale d'autore¹⁸⁹.

Ciò significa che per stabilire se i reati di opinione siano compatibili con il dettato costituzionale, appare opportuno svolgere una riconsiderazione delle fattispecie alla luce della teoria generale del reato, in particolare con riferimento al fatto tipico.

3.1 Il problema della materialità della condotta

È *vexata quaestio* se il diritto penale debba considerare solo i comportamenti che siano percepibili all'esterno – principio di materialità del fatto- oppure possa avere ad oggetto anche comportamenti interni - principio di soggettività del fatto.

Il principio di soggettività considera reato anche la *nuda cogitatio*, ossia la semplice manifestazione del pensiero. Esso trova attuazione nei diritti penali di tipo confessionale, in cui sfugge il limite tra crimine e peccato, e nei totalitarismi politici, dove il diritto penale ha lo scopo di colpire ogni opinione dissenziente.

Una simile concezione è incompatibile con un sistema penale democratico: dubitare della base naturalistica del comportamento umano, ciò di un *quid* effettivamente rilevabile nel mondo esterno, significherebbe cambiare radicalmente la teoria generale del reato. Com'è stato giustamente osservato da autorevole dottrina “il fatto materiale rappresenta la base prima e imprescindibile di ogni giudizio di disvalore penale”¹⁹⁰.

Quindi, in ossequio alla massima ulpiana “*cogitationis poenam nemo patitur*”, può considerarsi reato solo un fatto umano che si estrinseca nel mondo esteriore e come tale sia percepibile ai sensi¹⁹¹.

Il principio di materialità del fatto rappresenta il cardine primario di un sistema penale costituzionalmente orientato. Ma non solo, esso mantiene la propria validità anche in sistemi

¹⁸⁹ PELISSERO M., *La parola pericolosa: il confine incerto del controllo penale del dissenso cit.*, p. 46, il quale sottolinea come in materia di reati di opinione “il diritto penale sembra guardare piuttosto al suo autore: la parola pericolosa, vuoi per l'assetto di potere costituito, vuoi per i valori nei quali la comunità si riconosce, diventa sintomatica di un autore pericoloso contro il quale si utilizza l'arma della sanzione penale. Il diritto penale del fatto tradisce quindi i tratti di un diritto penale d'autore. Visto da questa prospettiva, il diritto penale può diventare più pericoloso delle parole i cui rischi crede di neutralizzare”.

¹⁹⁰ MANTOVANI F., *Principi di diritto penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 49.

¹⁹¹ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 220; p. 49. MANTOVANI F., *Principi cit.*, p. 49.

lontani dal nostro, come quello del diritto penale del tipo di autore. Il quale, infatti, pur sostituendo ad una tipologia di condotte, una tipologia di soggetti, costruisce il tipo normativo di autore sulla base del tipo normativo di comportamento¹⁹².

Tale principio, secondo la dottrina maggioritaria¹⁹³, rinviene la sua base normativa nell'art. 25 secondo comma della Costituzione¹⁹⁴, laddove si riferisce al “fatto commesso” come fondamento della responsabilità penale. Per cui dalla locuzione “fatto” si ricava che la risposta sanzionatoria deve avere ad oggetto fatti che abbiano riscontro nella realtà e non modi di essere della persona. A tal proposito giova ricordare la sentenza n. 96/1981 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della fattispecie di plagio ex art. 603 c.p., in quanto la norma incriminava un'ipotesi non verificabile nella realtà fenomenica, cioè comportamenti inesistenti o comunque non concretamente accertabili¹⁹⁵.

Si noti che affinché possa dirsi sussistente la materialità del fatto non occorre che si realizzi l'evento materiale, essendo sufficiente che si verifichi l'azione o un inizio di azione. (da qui la distinzione tra reati di evento, reati di pura condotta e reati di tentativo o attentato).

Ciò posto, in relazione ai reati di opinione non si può dubitare che questi si concretino in un fatto materiale, dal momento che già l'espressione di un pensiero rappresenta di per sé azione¹⁹⁶.

¹⁹² SPASARI M., *Condotta (dir.pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961, p. 838.

¹⁹³ MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, Cedam, Padova, 2017, p.119.; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 452; CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale, vol. II*, UTET Giuridica, Torino, 2013, p.5. MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 241.

¹⁹⁴ L'art. 25.2 della Costituzione afferma: “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

¹⁹⁵ La fattispecie era costruita non sulla base di fatti oggettivi ed esteriori, ma nell'indicazione di stati e situazioni psichiche, e per tale motivo era sfuggente all'accertamento giudiziale. In questa sentenza la Corte affronta anche il tema della determinatezza delle fattispecie penali, ritenuto un criterio fondamentale per impedire l'assoluta arbitrarietà nell'applicazione concreta (v. infra 3.3).

¹⁹⁶ SPENA A., *Istigazione punibile e libertà di parola*, cit, p. 849, L'autore sottolinea che già il fatto stesso di parlare è un'azione. Parimenti, VALENTI A., *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, vol. I, III ed., Torino, 2001, p. 276, osserva come la previsione dei reati di opinione non può essere esclusa per il semplice fatto che gli atteggiamenti interiori non possono essere oggetto di pena. Ancora SPASARI M., *Condotta cit.*, p. 838, precisa come in relazione ai reati di pensiero non si incrimina il puro atteggiamento interiore, ma la sua manifestazione esterna, che costituisce pur sempre condotta.

Infatti, il pensiero non resta nella sfera interna dell'individuo, ma viene manifestato all'esterno, è dunque diviene percepibile nella realtà fenomenica.

Orbene, rispetto alle altre fattispecie, nei reati di espressione si riscontra una contaminazione soggettivistica della fattispecie oggettiva, nel senso che la nozione di fatto tipico "non è scindibile dal contenuto della volontà colpevole"¹⁹⁷. E in tal senso si è parlato di reati soggettivamente preganti, in cui il disvalore penale non è dato dalla manifestazione del pensiero, bensì dall'intenzione, dall'obiettivo perseguito dall'agente¹⁹⁸.

In virtù di tale caratterizzazione soggettiva, la compatibilità dei reati di pensiero rispetto al principio di materialità avrà risposte differenti a seconda delle ricostruzioni dogmatiche della teoria del fatto.

Se si accoglie l'accezione Belinghiana¹⁹⁹ del fatto tipico come categoria distinta dall'antigiuridicità e dalla colpevolezza, formato solo dal complesso degli elementi oggettivi, allora dovrebbe concludersi nel senso che i reati di espressione non rispettano il principio di materialità della condotta.

Una simile accezione di fatto tipico, concepito come libero da giudizi di valore, distingue nettamente l'elemento oggettivo da quello soggettivo, e colloca il dolo e la colpa solo all'interno di quest'ultimo.

Per contro accogliendo la teoria finalistica, che qualifica come fatto tipico non solo il fatto umano in sé considerato, ma anche la finalizzazione al raggiungimento di un obiettivo, allora appare evidente come anche le componenti soggettive possono incidere sul fatto tipico. Pertanto, il dolo e la colpa avrebbero una duplice valenza: appartenendo sia al piano della colpevolezza che a quello della tipicità del fatto²⁰⁰.

¹⁹⁷ Così, PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte generale.*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 312; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale cit.*, p. 214.

¹⁹⁸ MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 56-57

¹⁹⁹ Ernst Beling il quale, nella sua *Lehre vom Verbrechen* pubblicata nel 1906 individuò nel Tatbestand, ossia nel fatto tipico, i soli elementi materiali del reato, cioè la condotta, il rapporto causale e l'evento lesivo, con esclusione degli elementi soggettivi. Tale tesi è stata sostenuta anche da autori italiani, v. DELITALIA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930, pp. 85 ss., VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 539 ss.

²⁰⁰ MARINUCCI G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, pp. 153 ss.; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale cit.*, p. 215; CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M.,

In definitiva, l'ordinamento pur accogliendo una nozione tendenzialmente oggettivistica del reato, che si basa su un fatto e non sulla pericolosità del suo autore, non respinge contaminazioni in senso soggettivo, in quanto anche gli elementi soggettivi sono essenziali a caratterizzare il disvalore penale²⁰¹.

3.2 Il difetto di offensività dei reati di provocazione

Posto che il nostro ordinamento si basa sull'idea di un diritto penale del fatto, affinché vi sia reato non basta un comportamento materiale, ma occorre che lo stesso si traduca nell'offesa - intesa come lesione o messa in pericolo²⁰² - di un bene giuridico. Questo è il c.d. principio di offensività²⁰³ che presuppone e completa il principio di materialità: ma mentre quest'ultimo tutela contro le incriminazioni di meri stati psichici, il primo garantisce contro le incriminazioni di mera disobbedienza ad un comando statale²⁰⁴.

cit., p. 10; SPASARI M., *Condotta cit.*, p. 838, che nel dare la nozione di condotta non nega la presenza di una componente soggettiva.

²⁰¹ Tale caratterizzazione in senso soggettivo oltre che nei reati di opinione è anche nei reati a dolo specifico, in cui assume rilievo la specifica volontà del colpevole.

²⁰² Da qui la distinzione tra reati di danno, in cui l'offesa si sostanzia di un nocumento (distruzione o danneggiamento) del bene tutelato dalla norma, e reati di pericolo, per i quali è sufficiente che il bene sia soltanto minacciato.

²⁰³ A giudizio della dottrina, tale sistema sarebbe recepito nella stessa Costituzione - in particolare nell'art. 25 secondo comma e nell'art. 27 secondo e terzo capoverso, in virtù della distinzione tra pena e misura di sicurezza: l'incriminazione di fatti socialmente pericolosi trasformerebbe la pena in una misura preventiva, così finendo per assumere la funzione propria della misura di sicurezza - ma, anche nel diritto positivo, in specie nell'art. 49 secondo comma del codice penale, che esclude la punibilità del reato impossibile, che si ha quando "per l'inevitabilità dell'azione è impossibile l'evento dannoso o pericoloso". In tal senso si veda, MANTOVANI F., *ult. op. cit.*, p. 451; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale, cit.*, p.p. 449 ss.; STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 33 ss.; GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8; Sulla presenza del principio di offensività anche nel diritto positivo cfr. GALLO M., *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 785; BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, 1973, pp. 75 ss.

²⁰⁴ MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella costituzione* in *Scritti in onore di G. MORTATI*, VI, Milano, 1977, p. 447; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 3. RIZ R., *Il principio di offensività* in RIODATO S., (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale di diritto allo Stato di polizia? Attualità del "Problema penale"*, Cedam, Padova, 2012, pp. 87 ss.

Dunque, il principio rappresenta ulteriore rifiuto di un diritto penale soggettivistico o meramente preventivo: il fatto tipico inteso come comportamento materiale, include in sé anche l'offesa ad un bene giuridico. Ne deriva così una "nozione di reato come illecito tipico", la cui tipicità è formata "oltre che dai requisiti formali - quali condotta, nesso di causalità ed evento- anche dal requisito parimenti essenziale dell'offesa al bene tutelato"²⁰⁵. Così il principio di offensività viene ricompreso in quello di legalità, per cui l'offesa diventa elemento costitutivo del reato e il giudice deve accertarne l'esistenza in concreto al pari degli altri elementi strutturali. In altre parole, senza offesa non c'è tipicità. In tal modo al cittadino è apprestata una duplice garanzia: non solo di non essere punito per una mera disubbidienza, ma neanche per la sola pericolosità sociale²⁰⁶.

L'assunto è stato ribadito anche dalla Corte costituzionale, che ha definito l'offensività come "essenza qualificativa della fattispecie tipica"²⁰⁷, precisando al contempo che la fattispecie astratta deve essere formulata in modo tale che il fatto incriminato si configuri come offensivo per gli interessi specifici tutelati dalla norma (c.d. offensività in astratto)²⁰⁸, e che spetta al giudice determinare, in concreto ciò che non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione è fuori dal penalmente rilevante (c.d. offensività in concreto).²⁰⁹

Ulteriore conferma, può rinvenirsi nel riconoscimento di un suo fondamento costituzionale, in particolare nell'art. 25 secondo capoverso e nell'art. 27 secondo e terzo capoverso²¹⁰.

La concezione realistica del reato, che richiede l'offesa come ulteriore connotazione tipica del fatto, ha portato a dubitare dell'offensività dei reati di espressione: le condotte incriminate

²⁰⁵ MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella costituzione*, cit., p. 449. Parimenti, FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, p.1; CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., cit., p. 7..

²⁰⁶ Questa è la c.d. concezione realistica del reato come fatto offensivo tipico contrapposta alla concezione sostanzialistica del reato come fatto socialmente pericoloso.

²⁰⁷ Cfr. sentenza n.132/1986.

²⁰⁸ Cfr. sentenza n. 360/1995; n. 333/1991.

²⁰⁹ Cfr. sentenza n. 62 del 1986.

²¹⁰ Ciò in virtù del fatto che il nostro ordinamento distingue tra pena e misura di sicurezza: se si attribuisse rilevanza a fatti di mera disobbedienza si finirebbe per trasformare la pena in una misura preventiva, attribuendole la funzione che è propria della misura di sicurezza. Parte della dottrina, ritiene che tale principio sarebbe desumibile anche dall'art. 49 secondo capoverso del codice penale, che esclude la punibilità del reato impossibile, che si ha quando "per l'inedoneità dell'azione è impossibile l'evento dannoso o pericoloso". Per questa concezione si veda GALLO M., *Dolo (dir. pen.) cit.*, pp. 786 ss.; BRICOLA F., *Teoria generale del reato cit.*, pp. 73 ss.

esaltando il disvalore dell'azione e svalutando quello dell'evento, finiscono per arretrare la soglia della punibilità ad un momento così anteriore rispetto al pericolo per il bene protetto, che si rischia di dar vita ad illeciti di mera disobbedienza²¹¹. Si pensi alla locuzione “per il solo fatto dell'istigazione” contenuta nell'art. 414 c.p., che prescinde dalla concreta realizzazione di un pericolo, in quanto il legislatore considera pericolosa l'azione in sé. Ciò ha spinto parte della dottrina a parlare di reati senza offesa, o di scopo, in cui si incrimina, non l'offesa ad un bene giuridico, ma un interesse dello Stato a che determinate situazioni non si verifichino²¹².

In realtà, in radice vi è un problema più complesso che ha interessato i penalisti: quello della legittimità dei reati di pericolo presunto con un sistema penale costituzionalmente orientato.

Il pericolo, inteso come “apprezzabile grado di possibilità di un evento temuto”²¹³, rappresenta il modello criminoso a cui il legislatore fa ricorso per apprestare una tutela anticipata a beni meritevoli di protezione. Al suo interno è possibile operare una distinzione tra reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto o presunto²¹⁴. Nei primi il pericolo rappresenta un elemento della fattispecie e pertanto, deve essere accertato concretamente dal giudice, attraverso un giudizio di prognosi postuma. Nei secondi invece, si prescinde da un simile accertamento in quanto il pericolo è presunto *iuris et de iure* dalla realizzazione del fatto, che è considerato in sé pericoloso²¹⁵. In essi il giudice deve limitarsi ad accertare che si sia verificato il comportamento ritenuto pericoloso dal legislatore, non essendo ammessa la prova della non effettiva esistenza

²¹¹ Cfr. MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, pp. 185 ss. Nello stesso senso FIORE C., *I reati di opinione cit.*, pp. 71 ss.

²¹² MANTOVANI F., *Il principio di offensività cit.*, p. 465.

²¹³ GALLO M., *I reati di pericolo, cit.*, p. 2. Più precisamente, il pericolo consiste in una relazione tra un'entità cronologicamente precedente (che può essere ravvisata nella condotta, nell'oggetto materiale del reato, o nell'evento) ed un accadimento lesivo futuro, e l'accertamento della sussistenza di tale relazione deve essere effettuato prima che giunga a verifica il risultato suddetto oppure, se postumo trasferendosi ad un momento anteriore alla sua verifica. In questi termini si esprime D'ALESSANDRO F., *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 144. ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 37.

²¹⁴ Secondo GALLO M., *Reati di pericolo cit.*, pp. 5 ss., il pericolo astratto non equivale a pericolo presunto, il quale si avrebbe in tutte quelle fattispecie in cui il pericolo non rappresenta il requisito del reato, bensì la *ratio* dell'incriminazione. Nei reati di pericolo presunto non è ammessa la prova della non effettività del pericolo, e l'azione è punibile anche se non ha cagionato quel pericolo.

²¹⁵ MANTOVANI F., *Il principio di offensività cit.*, p. 464; D'ALESSANDRO F., *Pericolo astratto cit.*, p. 152; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale, cit.*, pp. 203 ss.

del pericolo. Si comprende come in queste ipotesi il pericolo non assurge ad elemento costitutivo, ma verrebbe a coincidere con la *ratio* dell'incriminazione²¹⁶.

Prescindendo, dalle posizioni espresse in dottrina sull'ammissibilità del pericolo presunto²¹⁷, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che tale ipotesi "non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale, a patto che la presunzione sia collegabile all'*id quod prelumque accidit*"²¹⁸.

In materia di reati di opinione, invece, la Consulta ha assunto un atteggiamento diretto a valorizzare l'offensività, attraverso l'inserimento in via interpretativa del pericolo concreto.

A giudizio della Corte quando viene in rilievo come controinteresse una libertà costituzionalmente tutelata non è sufficiente il pericolo presunto, dovendo sussistere un concreto pericolo per il bene tutelato dalla norma²¹⁹.

Proprio a tale orientamento è riconducibile la più recente giurisprudenza di merito. In particolare, la Cassazione ritiene necessario ai fini dell'integrazione del delitto ex art. 414, terzo comma c.p., che "il comportamento dell'agente sia tale da determinare il rischio effettivo della consumazione di altri reati"²²⁰. Nello stesso senso, in relazione all'istigazione a delinquere, la Suprema Corte richiede che "la condotta abbia la concreta capacità di provocare l'immediata esecuzione di delitti o, quantomeno, la probabilità che essi vengano commessi in un futuro più o meno prossimo"²²¹.

²¹⁶ MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale Parte generale cit.*, pp. 207 ss.

²¹⁷ Parte della dottrina ritiene che il pericolo concreto rappresenti il limite di un fatto punibile. In tal senso BRICOLA F., *Teoria generale del reato cit.*, pp. 82 ss; GALLO M., *I reati di pericolo cit.*, p.8. Altra parte della dottrina compie una rivalutazione del pericolo astratto sostenendo che il principio di offensività deve essere temperato con l'esigenza di prevenire offese a beni inalienabili del cittadino a condizione che sia consentita la possibilità di una prova legale per invertire la presunzione. Cfr. MANTOVANI F., *Il principio di offensività cit.*, pp. 470 ss; ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale, cit.*, p. 227; CANESTRARI S., *Reato di pericolo*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, p.7.

²¹⁸ Corte cost. n. 333/1999, in materia di stupefacenti, in cui il giudice delle leggi ribadisce, "è riservata al legislatore l'individuazione sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale fare riferimento, purché, peraltro, l'una e l'altra determinazione non siano irrazionali o arbitrarie".

²¹⁹ Per le sentenze in materia si rinvia al paragrafo 1.3.

²²⁰ Cass. pen., sez. I, 5 giugno 1999, in Ced Cass. rv. 214645.

²²¹ Cass. pen., sez. I, 17 novembre 1997, in Giust. pen. 1998, II, p. 547.

La giurisprudenza di legittimità e di merito ha cercato di recuperare l'offesività, o meglio il disvalore dell'evento introducendo il requisito dell'idoneità della condotta: per essere punibile, la condotta apologetica, istigatrice e di propaganda, deve essere idonea a porsi come antecedente di un fatto valutato negativamente dall'ordinamento²²².

3.3 La (in)determinatezza dei reati di pensiero

L'indeterminatezza sembra essere un ulteriore dato caratterizzante i reati di espressione²²³, con indubbie ricadute sul principio di legalità, che impone al legislatore “di formulare ogni figura di reato con connotati precisi”²²⁴.

Quest'assunto si evince, in primo luogo nell'utilizzo di elementi vaghi nella descrizione della fattispecie, cioè attraverso l'utilizzo di modi di dire che sono propri del linguaggio comune²²⁵: si pensi alle espressioni “odio” e “classi sociali”, che descrivono la fattispecie di cui all'art. 415 secondo comma c.p., che non sono circoscrivibili e interpretabili in modo tassativo. Anche la Corte costituzionale ne ha affermato l'indeterminatezza, nella parte in cui non precisa le modalità in cui deve attuarsi l'istigazione, potendo ricomprendersi anche la diffusione di ideologie e dottrine che propugnano la necessità di un contrasto e di una lotta tra portatori di opposti interessi²²⁶; si pensi, ancora, al termine “discriminazione” di cui all'art. 604 bis c.p., di cui esistono molteplici definizioni²²⁷.

Ancora, esempio emblematico è il vilipendio, la cui definizione non è altro che una parafrasi del termine stesso: vilipendere viene inteso come manifestare disprezzo per qualcosa o per qualcuno, ma tale manifestazione di disprezzo non designa una condotta specifica, quanto un significato che si può riconoscere dietro a qualsiasi condotta²²⁸.

In questi casi, i termini impiegati dalla norma hanno per confine una zona grigia, al cui interno è difficile stabilire se la condotta vi rientri o meno.

²²² Cfr. ALESIANI L., *I reati di opinione cit.*, pp. 194 ss.; PELLISSERO M., *Reato politico cit.*, pp. 124 ss.

²²³ Come del resto è un dato connaturale allo stesso diritto penale politico. In questi termini si esprime PELLISSERO M., *Reato politico cit.*, p. 309.

²²⁴ VASSALLI G., *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 540

²²⁵ PAGLIARO A., *Legge penale*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1044

²²⁶ Corte cost. sentenza n. 108/1974.

²²⁷ PESCE F., *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili*, in *Dir. pen. cont.*, (ed. web), 24 marzo 2015, p. 32 ss.

²²⁸ SPENA A., *Libertà di espressione cit.*, pp. 697 ss.

Proprio in relazione a tale zona grigia si è parlato di “feed-back di indeterminatezza”²²⁹, nel senso che l’indeterminatezza sarebbe causata anche dalla scarsa offensività della condotta incriminata. Poiché sono controversi gli stessi scopi di tutela della norma incriminatrice, non è possibile compiere neanche un’interpretazione teleologica che potrebbe ricondurre la condotta ai concetti di apologia, vilipendio e propaganda.

CAPITOLO III: DAL NEGAZIONISMO COME FENOMENO AL NEGAZIONISMO COME REATO

SOMMARIO: 1. Il fenomeno negazionista: concetto, origini e distinzione dal revisionismo - 1.1 Il discorso negazionista nel dritto penale: una prospettiva comparata – 2. Il fenomeno negazionista nella dimensione sovranazionale - 2.1 Il volto europeo della fattispecie di negazionismo: la decisione 2008/913/GAI – 2.2 Il negazionismo nella giurisprudenza di Strasburgo e il caso Perincek– 3. L’adattamento dell’ordinamento italiano alle spinte incriminatrici derivanti dall’Europa – 3.1. Il travagliato *iter* normativo della fattispecie di negazionismo– 3.2. L’introduzione nel codice penale: continuità normativa?

1. Il fenomeno negazionista: concetto, origini e distinzione dal revisionismo

Nel capitolo precedente si sono tracciate le linee essenziali dei reati di opinione e la loro controversa compatibilità con un diritto penale del fatto, ed in particolare del fatto offensivo. Del resto, gli stessi dubbi e perplessità coinvolgono anche la fattispecie di negazionismo, che presenta i tratti tipici dei reati di pensiero.

Prima di addentrarsi nello studio della fattispecie è bene chiarire preliminarmente cosa si intende per negazionismo, posto che la possibilità della sua incriminazione è legata alla precisazione di una nozione, che sia sufficientemente determinata, in modo da rispettare il principio di legalità di cui all’art. 25 secondo capoverso della Costituzione²³⁰.

²²⁹ SPENA A., *Libertà di espressione cit.*, p. 699.

²³⁰ In questi termini si esprime LEOTTA D., *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della corte EDU sul genocidio Armeno*, Cedam, Padova, 2016, p. 2 che afferma “il primo scoglio alla possibilità di incriminare il negazionismo è la sua definibilità”.

La definizione di negazionismo non è utile solo in sede storiografica, ma rappresenta una necessità anche per la scienza giuridica: solo approfondendo la nozione è possibile compiere una valutazione sulla opportunità di una sua sanzione penale²³¹.

Certo è che la sua definizione non è agevole, visto i confini poco chiari con il contiguo concetto di revisionismo²³². La necessità di una distinzione deriva dal fatto che gli autori negazionisti cercano di qualificarsi come revisionisti, per il riconoscimento che comporta far parte di tale categoria²³³.

Con il termine revisionismo si intende il fenomeno storiografico diretto a confutare un'opinione storica, largamente accettata e consolidata: le conclusioni raggiunte in ordine ad un determinato evento storico vengono reinterpretate e riscritte, alla luce di nuove conoscenze acquisite o di nuove evidenze²³⁴. Il revisionista pur restando fedele alla ricerca della verità storica, propone alla comunità scientifica una nuova interpretazione²³⁵, così riaprendo un dibattito che poteva ritenersi concluso, dal momento che la storia non è immune da decostruzione²³⁶. Questo metodo caratterizza il lavoro dello storico, tanto che si afferma che “ogni storico che si rispetti è revisionista”²³⁷.

Diverso è l'approccio negazionista. Il negazionista analizza la storia “a dispetto del dato” con un metodo antiscientifico²³⁸, limitandosi a negare l'esistenza di fatti storici consolidati.

Alcuni autori²³⁹, hanno sostenuto che la distinzione tra revisionismo e negazionismo consiste nella giustificazione “a monte o a valle” delle proprie argomentazioni. Infatti, si ritiene che

²³¹ Cfr. CAPUTO M., *La “menzogna di Auschwitz”, le “verità del diritto penale”*. *La criminalizzazione del c.d. negazionismo, tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, (ed. web), 2014.

²³² LEOTTA D., *op. cit.*, p. 4.

²³³ PISANTY V., *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Bompiani, Milano, 1998, p. 6; GERMINARIO F., *Negazionismo, antisemitismo, rimosizionismo*, in D'AMICO G., (a cura di), *Razzismo, antisemitismo, rimosizionismo*, Israt, Asti, 2007, p. 67.

²³⁴ FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012, p. XIII.

²³⁵ PARISI S., *Il negazionismo dell'olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quad. Cost.*, n.4, 2013, p.883.

²³⁶ Con il termine decostruzione si intende il processo volto ad individuare le incongruenze e le fratture che impediscono ad un'opera letteraria o storica di emettere un messaggio coerente. Iniziatore del discorso decostruzionista è il filosofo francese Jacques Derrida.

²³⁷ PISANTY V., *Studi e ricerche sul negazionismo*, in *Italia contemporanea*, n.212 del 1998, p. 555

²³⁸ FLORES M., *Revisionismo storiografico*, in *Treccani. It.*, Enciclopedia italiana, VII, 2007.

²³⁹ BIFULCO D., *Negare l'evidenza. Diritto e storia alla “menzogna di Auschwitz”*, Milano, Francoangeli, 2012, p.17.

entrambi i fenomeni, sarebbero caratterizzati dalla giustificazione, ma se nel revisionismo, tale aspetto, assume la caratteristica di conseguenza dell'argomentazione, nel negazionismo si aggiunge alla negazione. Una simile affermazione finirebbe per svuotare il senso della distinzione: revisionismo e negazionismo si differenziano non solo per il metodo utilizzato, ma anche per l'atteggiamento nei confronti della storiografia dominante; il revisionista, infatti, cerca un dialogo nel dibattito storiografico, il negazionista aspira ad un riconoscimento senza confronto²⁴⁰.

Le prime tesi negazioniste comparvero in Europa nel secondo dopoguerra e si concentrarono sulla contestazione dell'Olocausto, ponendo in discussione tre caratteri della Shoah: innanzitutto le modalità di realizzazione quali l'utilizzo delle camere a gas, in secondo luogo la dimensione quantitativa dello sterminio, in terzo luogo l'intenzionalità dello stesso²⁴¹.

Volendo fornire una semplificazione, le tesi negazioniste possono raggrupparsi in otto assiomi formulati, verso la fine degli anni settanta dall'*Institute for Historical Review*²⁴²: innanzitutto, partendo dall'assenza di prove si giunse a negare che la "soluzione finale" fosse un piano di sterminio, sostenendo piuttosto che si trattasse di un piano di espatrio; venne negata l'esistenza delle camere a gas; si ritenne che la maggior parte degli ebrei emigrarono, e che quelli che furono uccisi erano criminali sovversivi del regime; vennero messi in dubbio l'attendibilità dei testimoni e il numero dei morti²⁴³. Il ragionamento negazionista nega l'Olocausto, non solo come "fatto storico reale, ma anche come possibilità del reale", avendo come obiettivo la normalizzazione di quanto accaduto²⁴⁴.

Ciò che diede successo alle tesi negazioniste furono ragioni di carattere politico: alla fine della seconda guerra mondiale, l'estrema destra, si è trovata non solo a minimizzare le proprie responsabilità, ma soprattutto a dover negare gli orrori che le proprie scelte politiche, destavano

²⁴⁰ PARISI S., *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale cit.*, p. 884; FRONZA E., *Il negazionismo come reato cit.*, pp. XIV ss., che definisce il negazionismo come una degenerazione del revisionismo, per cui "la storia non viene riletta, ma semplicemente negata".

²⁴¹ VERCELLI C., *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Laterza, Bari, 2013, p.11.

²⁴² FRONZA E., *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, 2015 p. 633. Si ritiene che è proprio grazie all'*Institute for Historical Review* che si sviluppò il fenomeno negazionista.

²⁴³ DI GIOVANE A., *Il passato che non passa "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. XVI.

²⁴⁴ PATRUNO L., *Memoria storica, negazionismo, tribunale del diritto*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, I, 2012, p. 54.

in tutta Europa. Infatti, dopo il 1945 molti partiti e movimenti hanno deformato la realtà dei fatti in merito alla collaborazione con il Nazismo. Per cui, per sopravvivere in politica, è stata condizione necessaria e indispensabile negare le atrocità che avevano commesso²⁴⁵.

Non bisogna però considerare i negazionisti dell'Olocausto (come, infatti vedremo il fenomeno non si riduce a questo) come un'unica scuola di pensiero, essi, seppur accomunati dalla stessa ideologia – l'antisemitismo - utilizzano diversi schemi argomentativi fondati sulla negazione *tout court* dei fatti, sulla loro giustificazione o sulla bagatellizzazione dei crimini commessi. Attraverso quest'operazione si confonde il vero con il falso e la realtà diventa finzione: proprio questo è il fine del negazionismo²⁴⁶.

Oggi, sarebbe riduttivo qualificare come negazionismo solo la contestazione dell'Olocausto, dovendosi ricomprendere in tale fenomeno anche la negazione dei crimini contro l'umanità, di guerra e di genocidio (ad esempio quello armeno compiuto dal governo turco negli anni della prima guerra mondiale)²⁴⁷.

1.1 Il discorso negazionista nel diritto penale: una prospettiva comparata

Dinanzi alle tendenze su esposte, immediate furono le reazioni da parte della comunità storica e istituzionale; da un lato, numerosi furono gli autori impegnati in una sorta di “demolizione” delle tesi negazioniste; dall'altro le stesse istituzioni pubbliche promossero una vera e propria lotta legislativa nei confronti del negazionismo²⁴⁸. In altri termini, il negazionismo si è trasformato da questione sociale a problema giuridico.

La repressione del fenomeno negazionista si è sviluppata nel continente Europeo, a partire dagli ordinamenti nazionali, in risposta al diffondersi di idee che avevano creato scalpore nell'opinione

²⁴⁵ ROUSSO H., *Le syndrome de vichy: de 1984 a nos jours*, Parigi, 1990., p. 555. RANA D., *Destre radicale italiana e negazionismo della Shoah. Una genealogia teorico-politica*, in *intrasformazione, Rivista di storia delle idee*, n. 1/2014, pp. 43 ss.

²⁴⁶ FRONZA E., *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 1999, p. 1034.

²⁴⁷ Idem, *Il negazionismo come reato cit.*, p. XV.

²⁴⁸ Per una analisi comparatistica del negazionismo cfr. LONZANO TERUEL G. M., *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in *AIC*, n.4/2014; POLLICINO O., *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.5/2011, pp. 85 ss.; CASTELLANETA M., *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 5/2011, pp. 65 ss.

pubblica²⁴⁹. Il ricorso allo strumento penale viene avvertito come necessario, sia per la prossimità geografica del continente con i crimini della seconda guerra mondiale, sia come “forma di espiazione dei riprovevoli fatti commessi in passato”²⁵⁰.

Prima dell'introduzione di una fattispecie delittuosa ad hoc, questa condotta veniva punita in alcuni paesi europei, in particolare in Germania, mediante l'utilizzo di ipotesi criminose preesistenti, quali il vilipendio della memoria dei defunti, l'ingiuria e la diffamazione e l'incitamento all'odio²⁵¹.

Il cambiamento si ebbe agli inizi degli anni '90 quando, a fronte dell'inadeguatezza delle norme anteriori a punire le molteplici forme dell'attività negazionista, i legislatori europei si dotarono di una figura delittuosa autonoma²⁵². Nonostante la comune tendenza punitiva, si tratta di norme molto variegate, che riflettono le diversità culturali e politiche.

In particolare, la Francia (primo paese europeo ad adottare una legislazione anti-negazionista), con la *loi Gayssot* del 1990²⁵³ introduce nella legge sulla libertà di stampa²⁵⁴, l'art. 24-bis rubricato “*Contestation de crimes contre l'humanité*” che reprime la condotta di pubblica contestazione dei crimini contro l'umanità, come definiti dallo Statuto del Tribunale di Norimberga, i cui autori siano stati condannati da un giudice nazionale o internazionale²⁵⁵. Si tratta di una fattispecie al contempo ampia e circoscritta, se da un lato il legislatore sottopone a sanzione penale solo la negazione dei crimini commessi durante la seconda guerra mondiale,

²⁴⁹ MANETTI M., *Libertà di pensiero e negazionismo*, in AINIS M., (a cura di) *Informazione, potere e libertà*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 41. Occorre precisare che la prima legge contro il negazionismo è stata approvata Israele nel 1986.

²⁵⁰ PALAZZO N., *Bugie di carta: un argine penale al negazionismo*, in *Nomos*, n.2/1017, p. 4. L'autore sottolinea le differenze con i paesi di *common law*, in particolare Canada e Stati Uniti, i quali hanno privilegiato come strumenti di risposta al fenomeno negazionista misure di diritto civile o amministrativo.

²⁵¹ LUTHER J., *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III, 2008, p. 1196.

²⁵² In questi termini FRONZA E., *Il negazionismo come reato cit.*, p. 15; Idem, *Profili penalistici del negazionismo, cit.*, pp. 1034 ss. Per l'analisi delle diverse forme che assume il fenomeno del negazionismo si rinvia al paragrafo 1 di questo capitolo.

²⁵³ Loi n. 90-615 del 13 luglio 1990

²⁵⁴ Loi n. 637 del 29 luglio 1881

²⁵⁵ FRONZA E., *Profili penalistici del negazionismo cit.*, pp. 1034 ss., cui si rinvia per un approfondimento giurisprudenziale; PUGLISI G., *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo” tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *DPC* (ed. web), 2016, pp. 9 ss.

dall'altro configura la fattispecie in termini di pericolo astratto, non essendo richiesta l'idoneità della condotta a turbare l'ordine pubblico²⁵⁶.

Invece, in Germania, la legge del 1995 ha introdotto un terzo comma all'art. 130 del codice penale tedesco, rubricato "menzogna di Auschwitz", che punisce chiunque pubblicamente nega, banalizza o giustifica i crimini commessi dal regime nazionalsocialista, in modo da turbare la pace pubblica²⁵⁷. È possibile notare un ampliamento del novero delle condotte punite rispetto alla fattispecie francese, mentre l'oggetto delle stesse resta invariato, venendo a coincidere con la sola negazione della Shoah²⁵⁸. Il legislatore tedesco considera punibili le sole condotte idonee a turbare la pace pubblica. Si tratta di una clausola di pericolo concreto, attraverso cui si è tentato di restringere l'area del penalmente rilevante.

Da questa breve analisi dell'ordinamento francese e tedesco, possono distinguersi due modelli di incriminazione del negazionismo: uno puro, che considera la condotta pericolosa in sé, e l'atro qualificato, che richiede la sussistenza di altri indici di pericolosità della condotta, i quali possono consistere nella capacità istigatoria o nell'idoneità ad offendere il bene tutelato²⁵⁹.

Infine, occorre considerare l'esperienza spagnola. L'art. 607 secondo comma del codice penale spagnolo incriminava in forma generale le manifestazioni dirette a negare e a giustificare qualsiasi delitto di genocidio. L'indeterminatezza della fattispecie è stata censurata dal *Tribunal constitucional* con la sentenza 7 novembre del 2007²⁶⁰.

Questa sentenza merita un approfondimento, in quanto consente spunti di riflessioni circa il rapporto tra il reato di negazionismo e la libertà di opinione, ma anche perché espressione di un orientamento diverso rispetto a quello prevalente in Europa, che invece tende ad ammettere la legittimità di questa figura criminosa²⁶¹.

²⁵⁶ MANETTI M., *Libertà di pensiero e negazionismo*, cit., p. 42.

²⁵⁷ LUTHER J., *L'antinegazionismo* cit., p. 1201.

²⁵⁸ PUGLISI A., *A margine* cit., p. 11.

²⁵⁹ LOBBA P., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *ius17@unibo.it*, n. 3/2011, p. 129.

²⁶⁰ *Tribunal Constitucional de España*, 7 novembre 2007, n. 235. Per il suo commento si veda SPIGNO I., *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in *DPCE*, 2008, pp. 1921 ss; CARUSO C., *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in *Quad. cost.*, III, 2008, pp. 3 ss.

²⁶¹ Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 13 aprile 1994 (tradotta in italiano in *Giur. cost.*, 1994, pp. 3379 ss., con commento di VITUCCI M. C., *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e*

Il *Tribunal constitutional* affronta la questione considerando preliminarmente che in nessun ordinamento la libertà di opinione costituisce un diritto assoluto. Sono, infatti, escluse dal suo ambito di protezione le frasi offensive e oltraggiose, tra cui rientrano i discorsi d'odio. I *discursos de odio* rappresenta il limite che non può essere superato dall'esercizio dei diritti costituzionalmente tutelati²⁶².

Il *Tribunal* prosegue affermando che la negazione dell'avvenimento di determinati eventi storici non costituisce discorso d'odio, in quanto manca il requisito dell'incitamento diretto alla violenza contro determinati soggetti individuati per l'appartenenza a minoranze religiose o etniche. Il discorso negazionista è inidoneo a creare un clima di ostilità nei confronti del gruppo-vittima del genocidio che si pretende negare. Ciò considerato, il giudice delle leggi spagnolo, dichiara l'incostituzionalità della condotta di negazione perché priva dell'offensività per i beni giuridici protetti²⁶³. Differente è il discorso con riguardo alla condotta di giustificazione del genocidio: la giustificazione consiste nell'espressione di un giudizio di valore che può tradursi in un incitamento a compiere tali fatti. In questo caso la repressione penale è giustificata²⁶⁴.

tutela costituzionale dell'asserzione del fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe). In questa pronuncia, la Corte stabilisce la legittimità delle norme che sanzionano le c.d. "menzogne di Auschwitz". La corte basa il suo ragionamento sulla distinzione tra fatto e opinione, e sostiene che oggetto di tutela costituzionale sono le opinioni, le quali vengono definite mediante la relazione soggettiva tra l'individuo e il contenuto della sua affermazione; l'asserzione di un fatto, definita mediante la relazione oggettiva tra l'affermazione e la realtà, godrebbe di tutela costituzionale solo e nella misura in cui esse costituiscono presupposto per la formazione di un'opinione. Pertanto, se l'asserzione di un fatto è scientemente falsa non gode della copertura costituzionale. Secondo la Corte, le affermazioni negazioniste costituiscono asserzione di un fatto la cui falsità è ampiamente dimostrata. Punire il negazionismo è dunque costituzionalmente legittimo. Cfr. VISCONTI C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico cit.*, pp. 223 ss.

²⁶² Riportando le parole del Tribunale costituzionale "né la libertà di pensiero, né la libertà di espressione, includono il diritto a porre in essere manifestazioni, opinione di carattere razzista e xenofobo".

²⁶³ Secondo il Tribunale infatti "Per poter incriminare tale condotta e garantire la costituzionalità dell'art. 607, c. 2 del codice penale spagnolo, sarebbe stato necessario prevedere un elemento in più e cioè che la negazione fosse idonea a creare un clima di ostilità nei confronti del gruppo colpito".

²⁶⁴ CASCIONE M.C., *Negare le ingiustizie del passato: libertà o divieto?*, in G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, pp. 464 ss. Con riferimento alla distinzione tra condotta di negazione e giustificazione effettuata dal *Tribunal Constitucional* si veda CARUSO C., *Tra il negare e l'istigare*, pp. 635 ss.

Dalla breve analisi effettuata, si evince la varietà di scelte legislative, che possono distinguersi, per l'oggetto giuridico tutelato, per la tipologia del crimine negato - che in alcuni casi ricomprende solo la negazione dell'Olocausto e in altri si estende ai crimini di genocidio e contro l'umanità - per il tipo di condotta materiale - che ricopre progressivamente la negazione, la minimizzazione e la giustificazione²⁶⁵, ed anche per il modello di incriminazione adottato - negazionismo puro, riconducibile ai reati di pericolo astratto e negazionismo qualificato, che richiede l'ulteriore indice di pericolosità della condotta.

Emerge quindi un'Europa che prospetta diverse soluzioni, ma al contempo è unita nell'intento di rispondere al negazionismo con lo strumento penale²⁶⁶.

2. Il fenomeno negazionista nella dimensione sovranazionale

Questa tendenza a "legiferare sulla storia"²⁶⁷ non si arresta agli ordinamenti nazionali, ma coinvolge anche quello sovranazionale ed interazionale.

Infatti, la normativa internazionale ha rappresentato "una copertura" alla penalizzazione del negazionismo, e più in generale, delle varie forme di discriminazione²⁶⁸. Si pensi alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale²⁶⁹, che proibisce, non solo l'istigazione ad atti di violenza o di discriminazione fondata su motivi razziali, ma anche la diffusione di ideologie fondate sulla superiorità di una razza sull'altra;²⁷⁰ o ancora al Patto

²⁶⁵ PALAZZO N., *Bugie di carta cit.*, p.6.

²⁶⁶ I paesi citati, non sono stati gli unici a provvedere in materia. Per completezza si ricordano il caso Belga, che nel 1996, introdusse il reato di negazionismo e giustificazione del genocidio nazista; la Svizzera, il Portogallo, la Polonia, il Lussemburgo, che, nel 1997, riformò il Codice penale al fine di condannare le condotte negazioniste e di giustificazione dei crimini di guerra. Tale reato è stato introdotto anche nei paesi dell'ex blocco sovietico (quali Lituania, Lettonia, Slovacchia, Lituania, Repubblica ceca) che hanno ricompreso tra le condotte negazioniste anche quelle perpetrate dal regime sovietico. Diversa è stata la scelta dell'Olanda e della Danimarca che hanno delimitato l'illiceità penale alle condotte di incitamento all'odio razziale. Di recente può segnalarsi anche la proposta adottata in Perù, del reato di negazionismo relativo ai crimini di terrorismo. LONZALO TERUEL M., *Il reato di negazionismo, cit.*, p. 5 nota 21.

²⁶⁷ CAJANI L., *La storia nel mirino del diritto penale. The relation between memory and criminal law*, in DPCE online n. 1/2016, p.12.

²⁶⁸ MANETTI M., *Libertà di pensiero e negazionismo cit.*, p. 44; FRONZA E., *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, p. 38;

²⁶⁹ Firmata a New York, il 21 dicembre del 1965, ed eseguita in Italia con la legge 13 ottobre 1975 n. 654.

²⁷⁰ Così recita l'art. 4 della Convenzione.

internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite del 1966, che vieta la propaganda della guerra e l'incitamento all'odio razziale, nazionale o religioso, che costituisca incitamento alla discriminazione o alla violenza²⁷¹.

Il contrasto a manifestazioni razziste ha rivestito un ruolo centrale anche nell'ordinamento europeo: già il Trattato di Amsterdam consentiva all'Unione di adottare misure per combattere ogni forma di discriminazione razziale.

Relativamente al discorso negazionista, l'Unione è intervenuta nel 1996 con l'Azione Comune 96/443/GAI²⁷², che costituisce l'antecedente della decisione quadro del 2008.

Si tratta della prima misura, che sebbene non vincolate per gli Stati membri, definisce la condotta negazionista a livello europeo. Infatti, oltre alle condotte dell'istigazione pubblica alla discriminazione (lett. a), dell'apologia pubblica di crimini contro l'umanità (lett. b), prevede la condotta di negazione pubblica dei crimini definiti dall'art. 6 del Tribunale di Norimberga²⁷³ (lett. c). In tal caso, la repressione è subordinata alla circostanza che essa includa un comportamento sprezzante o degradante nei confronti delle vittime. Quindi non si punisce il

²⁷¹ Divieti previsti rispettivamente negli artt. 20, primo e secondo comma.

²⁷² Azione comune del 15 luglio 1996, adottata dal Consiglio europeo sulla base dell'art. K3 del Trattato sull'Unione europea, relativo all'azione contro il razzismo e la xenofobia, pubblicata in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L, 185, 24 luglio 1996, p. 5.

²⁷³ L'art. 6 dello Statuto prevedeva la giurisdizione del Tribunale per:

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

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

c) Crimini contro l'umanità: vale a dire l'assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e qualsiasi altro atto inumano commesso ai danni di una qualsiasi popolazione civile, prima e durante la guerra, ovvero le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi, quando tali atti o persecuzioni - abbiano costituito o meno una violazione del diritto interno del Paese dove sono state perpetrate - siano state commesse nell'esecuzione di uno dei crimini rientranti nella competenza del Tribunale, o in connessione con uno di siffatti crimini”.

negazionismo in sé, ma il c.d. negazionismo qualificato, in altre parole la condotta costituisce illecito solo se integra una forma di istigazione all'odio o alla discriminazione razziale²⁷⁴.

Merita di essere segnalato anche il Protocollo addizionale alla “Convenzione di Budapest”²⁷⁵, il cui art. 6 paragrafo primo, obbliga gli Stati contraenti, a punire la diffusione, per il tramite di un sistema informatico, di materiale che neghi, minimizzi, approvi o giustifichi fatti di genocidio o contro l'umanità. La norma specifica che deve trattarsi di crimini che sono stati riconosciuti come tali dal Tribunale di Norimberga²⁷⁶ o da altre corti internazionali di cui le parti contraenti riconoscono la giurisdizione.

In virtù del secondo paragrafo, alle parti contraenti è rimessa l'alternativa tra il riservarsi la facoltà di non applicare, in tutto o in parte, il primo paragrafo di quest'articolo e quella di subordinare la repressione delle condotte al requisito dell'intenzione di incitare all'odio, alla discriminazione o alla violenza nei confronti delle vittime²⁷⁷.

In questo contesto si inserisce la decisione quadro 2008/913/GAI²⁷⁸, che rappresenta la fonte europea più importante nella materia in questione.

2.1 Il volto europeo della fattispecie di negazionismo: la decisione quadro 800/913/GAI

La decisione quadro 2008/913/GAI rappresenta ulteriore conferma dell'orientamento di reprimere il negazionismo attraverso lo strumento del diritto penale.

Tale decisione è stata adottata dopo sette anni dalla proposta da parte della Commissione europea. Il suo travagliato *iter* di formazione mostra le difficoltà di raggiungere un compromesso circa l'uso dello strumento penale in relazione a fenomeni, quali il razzismo e la xenofobia, aventi evidenti riflessi politici e sociali, e soprattutto a causa delle differenze tra gli ordinamenti dei Paesi europei in relazione al riconoscimento della libertà di espressione e alle

²⁷⁴ LOBBA P., *op. cit.*, p. 131; SOTIS C., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 96 ss.

²⁷⁵ Protocollo addizionale del 28 gennaio del 2003 alla Convenzione del Consiglio D'Europa sulla criminalità informatica del 2001.

²⁷⁶ Istituito con l'accordo firmato l'8 agosto 1945 (c.d. Patto di Londra) e competente “a giudicare i grandi criminali di guerra dei Paesi europei dell'Asse”, come si evince dall'art.1 dello Statuto del Tribunale di Norimberga.

²⁷⁷ LEOTTA D., *Profili penali del negazionismo*, *cit.*, pp. 23 ss. SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione cit.*, pp. 266 ss.

²⁷⁸ Decisione quadro 2008/913/GAI, “Lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale”, del 28 novembre 2008, pubblicata in *Gazz. uff. Un. eur.*, L. 328/55 del 6 dicembre 2008.

limitazioni ad essa connesse.²⁷⁹ Una conferma delle difficoltà di raggiungere un accettabile compromesso da parte degli Stati membri emerge dalle diverse disposizioni relative alla tutela delle libertà fondamentali. Già nei considerando²⁸⁰ della decisione si riconosce il rispetto delle diverse tradizioni costituzionali dei Paesi membri. La particolare attenzione ai diritti fondamentali si palesa altresì nel disposto dell'art. 7 che puntualizza come dalla decisione non possa derivare l'obbligo di adottare provvedimenti che contrastano con i principi nazionali in materia di libertà di espressione, di stampa e di associazione²⁸¹.

Con riguardo al tema d'indagine del presente lavoro, la decisione prevede all'art.1, primo comma lett. c) e d), il reato di negazionismo diretto nei confronti di un gruppo di persone o di un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore o alla religione²⁸².

Il negazionismo viene descritto come apologia, negazione e minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra come definiti agli artt. 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, nonché dall'art. 6 dello statuto del Tribunale di Norimberga, cioè i crimini commessi durante il regime nazista.

²⁷⁹ Sul travagliato iter di adozione della decisione cfr. MANCUSO C., *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Diritto penale e processo*, n. 5/2009, pp. 645 ss.; MOSCHETTA M.T., *La decisione quadro 2008/913/GAI contro il razzismo e la xenofobia: una «occasione persa» per l'Italia?*, in *Giureta, Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, XII, 2014, pp. 33 ss.; CAJANI L., *La storia nel mirino del diritto penale*, cit., pp. 87 ss.

²⁸⁰ Cfr. il 14° considerando “La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali” e il 6° considerando “Gli Stati membri riconoscono che la lotta contro il razzismo e la xenofobia richiede vari tipi di misure in un quadro globale e non può essere limitata alle questioni penali. La presente decisione quadro si limita a combattere forme di razzismo e xenofobia particolarmente gravi mediante il diritto penale. Poiché le tradizioni culturali e giuridiche degli Stati membri sono in parte diverse, in particolare in questo campo, non è attualmente possibile una piena armonizzazione delle norme penali.”

²⁸¹ MANCUSO C., *La decisione quadro 2008/913/GAI cit.*, p. 648; SCAFFARDI L., *La cooperazione giudiziaria in materia penale e la proposta di decisione quadro relativa alla lotta contro il razzismo e la xenofobia*, in SCUDIERO M., (a cura di), *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Jovene, Napoli, 2005, p. 1532.

²⁸² Per completezza, occorre segnalare che l'art. 1, primo comma della decisione quadro prevede anche la condotta di istigazione pubblica alla violenza e all'odio – effettuata anche mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale – nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in base alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etica” (lett. a) e b).

È opportuno chiarire il significato di queste locuzioni che rappresentano “il nucleo del discorso negazionista”²⁸³. La condotta di “negazione” e di “apologia” non prestano particolari problemi interpretativi: negare significa contestare l’esistenza che un fatto sia accaduto, mentre fare apologia significa esaltare un crimine o il suo autore. Maggior problemi sorgono in relazione alla condotta di minimizzazione grossolana. Minimizzare significa relativizzare o svalutare il crimine commesso al fine di farlo diventare “uno dei tanti massacri”²⁸⁴, facendo venir meno l’unicità e la rilevanza di un evento storico. Così intesa, nel suo ambito potrebbero farsi rientrare diverse opinioni. Costituirebbero minimizzazione non solo le espressioni quali “il numero delle vittime è ingigantito”, ma anche “le camere a gas sono un dettaglio della storia”. A confluire determinatezza alla condotta è l’aggettivo “grossolana” da intendersi come “poco accurato” o “approssimativo”, che consente di distinguere tra espressioni lecite ed illecite in base al contesto e alla forma²⁸⁵.

Quanto all’oggetto materiale della condotta lo spettro si amplia: la tutela penale non è limitata solo all’Olocausto, ma ricomprende anche i crimini di genocidio, i crimini contro l’umanità e i crimini di guerra, come definiti dalla Corte penale internazionale. Una simile affermazione è significativa del fatto di voler equiparare la tutela penale ai crimini subiti dai diversi gruppi-vittima, in modo da escludere un trattamento differenziato delle sofferenze umane.

Rispetto alle condotte deve essere effettuata un’ulteriore precisazione. La misura europea, al fine di restringere l’area del penalmente rilevante, subordina la punibilità a due indici di pericolosità: la condotta deve essersi realizzata pubblicamente, e deve essere atta ad istigare alla violenza e all’odio. In altre parole, la norma non sanziona il negazionismo *tout court*, ma richiede che esso sia qualificabile come istigazione indiretta, e pertanto sia idoneo a creare un pericolo concreto per il bene protetto²⁸⁶.

²⁸³ LONZALO TERUEL M.G., *Il reato di negazionismo cit.*, p. 19.

²⁸⁴ FRONZA E., *Il negazionismo come reato, cit.*, p. 18.

²⁸⁵ Cfr. LOBBA P., *op. cit.*, pp. 141 ss. L’autore sottolinea come eccessiva si fa la discrezionalità del giudice, con il rischio che “il giudizio sulle affermazioni venga viziato dal pregiudizio sui loro autori”.

²⁸⁶ LOBBA P., *op. cit.*, p. 135. L’autore si riferisce a questo modello di incriminazione come negazionismo qualificato. SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione cit.*, p. 48 afferma che tale impostazione finirebbe per far rientrare le condotte di negazione, apologia e minimizzazione nelle ipotesi contemplate dai primi due commi. Invece accolgono positivamente la circoscrizione della punibilità all’istigazione indiretta SOTIS C., *Le regole dell’incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Roma, 2012 p. 107; LEOTTA D., *Limiti penalistici alla libertà di espressione cit.*, p. 69, “finché l’offesa non si traduce in

Oltre questi elementi restrittivi, la decisione quadro prevede delle clausole addizionali di offensività, ispirate ai modelli di incriminazione vigenti negli Stati membri²⁸⁷.

In particolare, il secondo paragrafo dell'art. 1 riserva agli Stati membri la facoltà di punire “solo i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico, o che siano minacciosi, offensivi o ingiuriosi”.

Tale clausola richiama rispettivamente il modello tedesco²⁸⁸ e quello inglese²⁸⁹.

Invece, ai sensi del quarto paragrafo, che si ispira al modello francese, gli Stati membri potranno inserire un ulteriore elemento nella tipizzazione del reato, prevedendo che la negazione o minimizzazione grossolana – non l'apologia- siano punibili solo se riguardano quei crimini internazionali che siano stati accertati con sentenza passata in giudicato da un organo giurisdizionale interno o da un Tribunale internazionale. Attraverso tale previsione, fortemente criticata in dottrina, si conferisce al Tribunale la possibilità di specificare quali siano le memorie tutelabili²⁹⁰. Per cui eventi come quelli riguardanti il genocidio degli Armeni, in quanto non giudizialmente stabiliti, sarebbero esclusi dall'oggetto di tutela. Così si rischia una criminalizzazione selettiva dei genocidi e una distinzione “tra memorie forti e memorie deboli”²⁹¹. Tuttavia, è pur vero che punendo il negazionismo di un evento storico non accertato giudizialmente si finirebbe non solo per attribuire rilevanza penale alla negazione di fatti storici accaduti nell'antichità, come la distruzione di Cartagine, ma anche per punire il mero dissenso rispetto all'opinione storiografica dominante.

Dall'analisi delle clausole di offensività presenti nella decisione, emerge che l'effetto di armonizzazione è limitato solo sull'*an* dell'incriminazione, cioè al recepimento delle condotte punibili e dell'oggetto delle medesime²⁹², mentre per il *quomodo* è lasciata una certa discrezionalità agli Stati membri. Ma vi è di più, la normativa menzionata non obbliga gli Stati

un'istigazione all'odio e alla violenza, è opportuno che l'ordinamento penale la tolleri, astenendosi da interventi repressivi, poiché un'eventuale sanzione procurerebbe un grave nocumento alla dialettica delle idee nella società democratica”.

²⁸⁷ PUGLISI A., *op. cit.*, p. 6; LOBBA. P., *op. cit.*, p. 136.

²⁸⁸ V. *supra* Cap II, 1.1

²⁸⁹ Il riferimento è all'art. 18 *Public Order Act 1986*.

²⁹⁰ CAJANI L., *La storia nel mirino del diritto penale cit.*, p.91; LONZALO TERUEL M. G., *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea cit.*, pp. 21 ss.; FRONZA E., *Il negazionismo come reato cit.*, p. 73.

²⁹¹ FRONZA E., *Negazionismo (dir. pen.) cit.*, p. 641.

²⁹² FRONZA E., GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Penale contemporaneo (ed. web)*, 29 ottobre 2013, p. 7.

all'inserimento di una fattispecie ad hoc, purchè le espressioni negazioniste rientrino nei confini della normativa esistente per contrastare l'*hate speech*.

Queste considerazioni avvalorano la tesi secondo cui il vero obiettivo perseguito dall'intervento in materia è quello di confermare l'esistenza di un'identità europea²⁹³. La risposta repressiva, nei confronti dell'espressioni negazioniste, risiede nel fatto che queste mettono in discussione i valori fondanti delle attuali democrazie, ossia quel patto etico sorto dopo la seconda guerra mondiale e rappresentato dal rifiuto degli orrori nazisti²⁹⁴. In altre parole, "il fatto accaduto a Norimberga rappresenta la base di un "nuovo ordine mondiale, che legittima non solo l'incriminazione del genocidio, ma anche delle ideologie che storicamente lo hanno reso possibile"²⁹⁵.

2.2 Il negazionismo nella giurisprudenza di Strasburgo: il caso Perinçek

Per completare l'aspetto internazionale del discorso negazionista occorre richiamare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Anche la Corte di Strasburgo ha mostrato consapevolezza del ruolo svolto dall'espressioni negazioniste e, nelle sue pronunce sul tema, ha ripetutamente affermato che queste espressioni contrastano con "le idee fondanti della Convenzione, quali la pace e la giustizia"²⁹⁶. Più nello specifico, la Corte ha ritenuto conformi alla Convenzione le condanne inflitte dai Tribunali nazionali alle opinioni negazioniste, sulla base del principio secondo cui "nessun diritto fondamentale può essere invocato per compiere un atto mirante a distruggere i diritti e le libertà riconosciute dalla Convenzione"²⁹⁷. Secondo i

²⁹³ Cfr. STOIS C., *Il diritto senza codice cit.*, p. 97, secondo cui "il negazionismo costituisce paradigma di quei beni strumentali all'identità dell'Unione Europea"; PUGLISI G., *op. cit.*, p.8; VIGEVANI G. E., *Radici della costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2014, p. 200.

²⁹⁴ FRONZA E., *Profili penalistici cit.*, p. 1071.

²⁹⁵ MANETTI M., *Libertà di pensiero e negazionismo cit.*, p. 44.

²⁹⁶ Le decisioni sul tema di negazionismo sono state tutte di inammissibilità del ricorso. Si ricordano in proposito: Caso *Remer v. Germany*, 6 settembre 1995, 25096/94; *Garaudy v. France*, 24 giugno 2003, 65831/01; *Witzsch v. Germany*, 13 dicembre 2005, 7485/03. Per un esame dell'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo si rinvia a LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4., 2014, pp. 1815 ss.

²⁹⁷ Il riferimento è alla sentenza *Marais c. France*, 24 giugno 1996, 31159/96, Marais, autore di un articolo in cui negava l'esistenza delle camere a gas era stato condannato dal *Tribunal Correctionnel* di Parigi. La Commissione ha giudicato conforme alla Convenzione, la condanna inflitta.

giudici di Strasburgo, le affermazioni in questione non possono beneficiare della protezione di cui all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che sancisce la libertà di espressione, per effetto dell'art. 17, che contiene la clausola dell'abuso di diritto, in virtù della quale "nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione". In altre parole, la negazione di fatti storici costituisce un abuso della libertà di espressione, e pertanto non può ricevere alcuna tutela. Tali condotte, aggiungono i giudici, "si differenziano dalla ricerca storica, essendo dirette a riabilitare il regime nazista e ad accusare le vittime stessi di falsificazione della storia. Perciò, la negazione dei crimini contro l'umanità costituisce una delle più gravi forme di diffamazione razziale e di incitamento all'odio contro gli ebrei"²⁹⁸. La Corte ha però precisato che deve trattarsi di "fatti storici chiaramente stabiliti", nel senso che non è compito del giudice risolvere un dibattito in corso tra gli storici²⁹⁹. Quindi, a giudizio della Corte, la meritevolezza di pena, *rectius* di tutela, discenderebbe dalla circostanza che si tratta di un evento storico su cui ci sia o meno un dibattito ancora aperto.

Inoltre, risulta significativo considerare che le conclusioni cui sono pervenuti i giudici di Strasburgo, siano state riprese anche dal Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite³⁰⁰. Il comitato ONU, chiamato a pronunciarsi sulla condanna comminata nei confronti di Faurisson³⁰¹, ha affermato la conformità della repressione del negazionismo con l'art. 19 del Patto internazionale dei diritti civili e politici³⁰², mettendo in risalto la componente razzista di

²⁹⁸ *Garaudy c. France*, 24 giugno 2003, 65831/01.

²⁹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo *Lehideux and Isorni c. France*, Dec. 23 novembre 1998, 24662/94.

³⁰⁰ Il 'Comitato dei diritti dell'uomo è stato istituito con il Patto sui diritti civili e politici e si compone di 18 membri indipendenti eletti dagli Stati parti. Esso, oltre svolgere funzioni di organo d'inchiesta, è competente, a norma del Protocollo opzionale, ad esaminare i reclami provenienti da individui che lamentano la violazione dei diritti enunciati dal Patto da parte di uno degli Stati contraenti al Protocollo. Tale reclamo può essere esperito solo dopo che siano terminati tutti i ricorsi interni e la decisione del Comitato non ha carattere giuridicamente vincolante. Cfr. RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, V. ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 319.

³⁰¹ *Robert Faurisson c. France*, Communication No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/550/1993 (1996).

³⁰² L'art. 19 del Patto dei diritti civili e politici recita: "Ogni individuo ha diritto a non essere molestato per le proprie opinioni. Ogni individuo ha il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta. L'esercizio delle libertà

tali espressioni. Esse, quindi rientrano nell'alveo della lotta al razzismo e all'antisemitismo, di cui rappresentano il principale veicolo, e per tale motivo ne risulta legittima la repressione³⁰³.

I principi fin ora esposti rappresentano una costante nella giurisprudenza europea sui ricorsi in materia di negazionismo dell'Olocausto³⁰⁴.

Un atteggiamento differente è riscontrabile nella sentenza *Perinçek contro Svizzera*³⁰⁵, in cui la Corte EDU prende in considerazione, per la prima volta, la negazione del genocidio compiuto contro il popolo armeno nel 1915³⁰⁶. Per analizzare le conclusioni a cui sono pervenuti i giudici di Strasburgo occorre richiamare brevemente la vicenda oggetto della controversia.

previste al paragrafo 2 del presente articolo comporta doveri e responsabilità speciali. Esso può essere pertanto sottoposto a talune restrizioni che però devono essere espressamente stabilite dalla legge ed essere necessarie:

- a) al rispetto dei diritti o della reputazione altrui;
- b) alla salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche”.

³⁰³ Il comitato per stabilire se la restrizione della libertà di espressione fosse conforme all'art. 19 del patto internazionale dei diritti civili e politici, ha analizzato se la legge anti-negazionista fosse giustificata da uno scopo legittimo. Il Comitato conclude che la restrizione della libertà di espressione è conforme con il terzo paragrafo dell'art. 19, dal momento essa è finalizzata a difendere il diritto della comunità ebraica a non vivere in un clima di antisemitismo.

³⁰⁴ Si segnala per completezza la pronuncia *Dieudonné M'Bala M'Bala c. Francia*, 20 ottobre 2015, 25239/13, in cui la Corte dichiara irricevibile il ricorso presentato dal ricorrente, essendo il caso riconducibile all'art. 17 CEDU e consistendo la sua condotta in un abuso della libertà di espressione. Sul punto si veda CAROLI P., *La Corte europea in tema di offese pubbliche contro gli ebrei*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 21 dicembre 2015.

³⁰⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Perinçek c. Svizzera*, 15 ottobre 2015, 27510/08. Per un commento si veda MONTANARI M., *Libertà di espressione e dignità delle vittime in un caso di negazionismo del genocidio armeno: si pronuncia la Grande Camere della Corte EDU*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 21 ottobre 2015; CORTESE F., FRONZA E., *Il caso Perinçek davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Quando il giudice fa la storia*, in ARSLAN A., BERTI F., DE STEFANI P., (a cura di), *Il paese perduto. A cent'anni dal genocidio armeno*, Edizioni Angelo Guerini, Milano, 2017, pp. 213 ss., VECCHIO F., *La libertà di espressione dopo la vicenda Perinçek contro Svizzera: il nuovo atteggiamento della Corte europea in materia di criminalizzazione del negazionismo e i rischi residui di una storia imposta per via legislativa*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2016, pp. 58 ss. LEOTTA D., *Limiti penalistici alla libertà di espressione: il caso del negazionismo del genocidio armeno*, in *Archivio penale*, I, 2016, pp. 221. ss.

³⁰⁶ La qualificazione come genocidio degli avvenimenti contro il popolo armeno del 1915 è fortemente discussa in dottrina, in virtù del fatto che si tratta di eventi che si collocano anteriormente all'ideazione di un concetto di genocidio a livello internazionale. Sul punto DANIELE L., *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in *DPC*, n. 10/2017, pp. 84 ss.

Dogu Perinçek, durante una conferenza stampa in Svizzera, afferma che il genocidio armeno fosse una “menzogna internazionale”, elaborata dalle potenze vincitrici della prima guerra mondiale, al fine di facilitare il declino dell’impero Ottomano. Dunque, Perinçek non nega *tout court* l’esistenza di determinati eventi, ma si limita a contestarne la qualificazione giuridica come genocidio, sostenendo che tali atti di violenza fossero stati commessi per ragioni di natura bellica³⁰⁷.

In seguito a tali dichiarazioni, Perinçek, viene denunciato dall’Associazione Svizzera-Armeni e condannato al pagamento di una sanzione pecuniaria dalla Corte federale per aver violato l’art. 261 bis del codice penale svizzero³⁰⁸, che punisce “chiunque pubblicamente [...] nega, minimizza grossolanamente, o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l’umanità”. Il fondamento della condanna si rinviene nel fatto che la qualificazione come genocidio degli accadimenti avvenuti nel 1915 gode di un consenso ampio nella comunità, soprattutto in ambito accademico, e di un esteso riconoscimento non solo sul piano nazionale, ma anche internazionale³⁰⁹.

Perinçek, lamentando la violazione dell’art. 10 CEDU, presenta ricorso alla Corte europea dei diritti dell’uomo. La seconda sezione della Corte esamina l’ammissibilità del ricorso, in particolare verifica se nel caso di specie sia applicabile l’art. 17 CEDU, ossia se le affermazioni del ricorrente possano integrare un’ipotesi di abuso di diritto³¹⁰. A tal proposito, rileva che il ricorrente non ha negato l’esistenza del fatto storico, bensì la sua qualificazione giuridica e non ha manifestato disprezzo nei confronti delle vittime, pertanto non ha abusato della sua libertà di espressione³¹¹. Entrando nel merito della questione, la Corte verifica se l’incriminazione possa

³⁰⁷ Il genocidio viene definito dall’art. 6 dello Statuto di Roma, come “intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale”.

³⁰⁸ L’art. 261 punisce con la reclusione fino a 3 anni “chiunque, pubblicamente, mediante parole, scritti, immagini, gesti, vie di fatto o in modo comunque lesivo della dignità umana, discredita o discrimina una persona o un gruppo di persone per la loro razza, etnia o religione o, per le medesime ragioni, disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l’umanità”.

³⁰⁹ *Tribunal federal*, 12 dicembre 2007, n. 398.

³¹⁰ L’applicazione dell’art. 17 avrebbe escluso l’ammissibilità del ricorso, in quanto avrebbe impedito a monte la configurabilità della condotta negazionista come libertà di espressione. In tal senso LOBBA P., *Un “arresto” nella giurisprudenza di Strasburgo cit.*, p. 3.

³¹¹ Il riferimento è alla sentenza della seconda sezione *Perinçek c. Svizzera*, 17 dicembre 2013, 25710/08. Per un commento si veda MONTANARI M., *La corte europea dei diritti dell’uomo si pronuncia sul problematico bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione e l’esigenza di reprimere il negazionismo del genocidio*

o meno rientrare nel secondo paragrafo dell'art. 10 CEDU, cioè se essa possa intendersi come una limitazione "stabilita dalla legge, che persegua un interesse legittimo e sia necessaria in una società democratica". Nella sentenza, la Corte analizza la sussistenza di ciascun requisito.

I primi due requisiti sono ritenuti integrati. Nessun dubbio si pone circa la previsione legale dell'incriminazione, che essendo diretta a tutelare l'onore delle famiglie delle vittime, persegue uno degli scopi legittimi, ammessi dal secondo comma dell'art. 10, ossia la protezione dei diritti degli altri³¹².

Per valutare la sussistenza del terzo requisito, il giudice europeo, in primo luogo si sofferma sulla qualificazione di un crimine come genocidio, e osserva che rispetto ad essa risulta problematico riscontrare quel "consenso generale", sostenuto dai giudici Svizzeri; e ciò sia perché la nozione di genocidio richiede l'elemento del dolo specifico, rispetto al quale risulta difficile dimostrare l'esistenza di un consenso generale³¹³, sia in quanto "la ricerca storica è per definizione soggetta a dubbi e controversie e non si presta a conclusioni definitive o all'affermazione di verità oggettive ed assolute". Inoltre, la Corte aggiunge, che a differenza dei discorsi che negano l'Olocausto, nei quali è evidente la connessione con l'antisemitismo, le espressioni del ricorrente non sono idonei ad alimentare un incitamento all'odio nei confronti della popolazione armena³¹⁴. Sulla base di tali considerazioni, la Corte ritiene che la limitazione della libertà di espressione non sia giustificata da un presente bisogno sociale³¹⁵ e pertanto essa contrasta con l'art. 10 CEDU.

Tuttavia, la vicenda processuale, non si conclude con tale pronuncia. Su istanza della Svizzera, è stata investita della questione la Grande Camera, che ha confermato il provvedimento

armeno, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 21 dicembre 2015; LOBBA P., *Un "arresto" della tendenza repressiva europea sul negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 15 gennaio 2014; SOMMA E., *Negazionismo e genocidio armeno. Libertà di espressione e diritto alla menzogna secondo la Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2015, pp. 1046 ss.

³¹² Il riferimento è rispettivamente ai paragrafi 58 – 72 e al paragrafo 75 della decisione.

³¹³ LOBBA P., *ult. op. cit.*, p. 5;

³¹⁴ In questo contesto la corte richiama l'osservazione generale n. 34 del Comitato ONU, in cui si evidenzia che "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".

³¹⁵ Si vedano i paragrafi 129 della decisione.

impugnato³¹⁶. La pronuncia segue l'iter argomentativo della seconda sezione: appurata la sussistenza dei primi due requisiti previsti dal secondo comma dell'art. 10 CEDU, cioè che la limitazione alla libertà di espressione sia prevista per legge e persegua uno scopo legittimo, la Corte valuta la necessità di una tale restrizione in una società democratica. Da questo punto di vista, il giudice di Strasburgo effettua un bilanciamento tra la libertà di espressione del ricorrente e la tutela dell'identità e della dignità dei gruppi che abbiano subito un massacro, tutela che viene ricompresa nell'ambito dell'art. 8 CEDU. Nello specifico, la Corte, dopo aver sottolineato che le limitazioni alla libertà di espressione devono essere interpretate restrittivamente soprattutto quando si discute di opinioni avversate dalla maggioranza – per cui quanto più è esteso il consenso esistente in ordine all'opinione espressa, maggiore è la necessità di difendere la libertà di espressione - procede ad illustrare i criteri sulla cui base deve condursi l'operazione di bilanciamento.

Tra i criteri esaminati, quelli che meritano particolare attenzione sono: la natura delle dichiarazioni del ricorrente, il contesto temporale e spaziale in cui le stesse sono state rese, l'effettiva idoneità offensiva delle dichiarazioni³¹⁷.

In primis la Corte si sofferma ad analizzare le caratteristiche delle dichiarazioni del ricorrente e ritiene che queste debbano qualificarsi come di interesse storico, giuridico e politico. Infatti, queste, pur avendo un tono acceso non sono connotate da un'istigazione all'odio e alla violenza³¹⁸. Successivamente, la Corte si sofferma sul contesto geografico, storico e temporale in cui le dichiarazioni siano state rese. Tale caratterizzazione, a giudizio della Corte, assume un peso significativo nella necessità dell'incriminazione, nel senso che “tanto più gli eventi storicamente controversi sono lontani, nel tempo e nello spazio, rispetto alle affermazioni negazioniste, tanto meno la sanzione è conforme alla necessità di limitare la libertà di espressione”³¹⁹. Sulla base di queste premesse il giudice evidenzia che la Svizzera non abbia alcun collegamento con il genocidio armeno, né che sul territorio ci siano tensioni tra il popolo

³¹⁶ Ci si riferisce alla sentenza 27510/08 pronunciata dalla Corte EDU il 15 ottobre del 2015.

³¹⁷ Gli altri criteri presi in considerazione dalla Corte sono: l'esistenza di obblighi internazionali di incriminazione, le ragioni adottate dalle autorità nazionali per giustificare la limitazione, la proporzionalità della limitazione, l'esistenza o meno di un consenso tra gli Stati europei. Per un'attenta spiegazione di tali criteri si veda LEOTTA D., *Profili penalistici del negazionismo cit.*, pp. 52 ss.

³¹⁸ La Corte ritiene che le dichiarazioni aventi ad oggetto questioni di interesse pubblico sono meritevoli di una protezione particolarmente elevata. Cfr. *ivi*. Paragrafo 196 della decisione.

³¹⁹ Cfr. paragrafo 250 della decisione; DANIELE L., *Negazionismo cit.*, p. 93.

armeno e la comunità di origine turca, anche perché si tratta di episodio molto risalenti nel tempo. Sulla base di queste ragioni si sottolinea la differenza con il negazionismo dell'Olocausto, "la cui incriminazione è resa legittima non tanto dal fatto che si tratti di un evento storico accertato, ma per il fatto che la sua negazione è indice di un'ideologia antisemita e antidemocratica, ed è pericolosa, soprattutto in quegli Stati che si sono resi protagonisti degli orrori nazisti"³²⁰. Infine, la Corte valuta la portata offensiva dei discorsi del ricorrente e asserisce che questi non erano dirette nei confronti del gruppo-vittima, in quanto avevano come destinatari le potenze imperialistiche.

Alla luce di queste considerazioni, il giudice di Strasburgo ritiene che la restrizione della libertà di opinione, soprattutto perché di tipo penalistico, non fosse necessaria in una società democratica³²¹.

La sentenza in commento, sebbene mostri il pregio di circoscrivere l'ambito di applicazione dell'art. 17 CEDU - il cui utilizzo disinvolto potrebbe fornire ampia legittimazione ai reati di opinione³²²- e di circostanziare il criterio della necessità dell'incriminazione in una società democratica, lascia qualche perplessità. Infatti, la Corte, sembrerebbe confermare l'unicità della Shoah, operando così una gerarchia tra gli eventi storici e conseguentemente tra le vittime coinvolte³²³. Inoltre, conferma le problematiche insite nell'incriminazione del discorso negazionista che coinvolge il genocidio, mancando una definizione concettuale che goda di consenso in dottrina. Ma, le maggiori criticità della decisione riguardano il criterio del contesto geografico, storico e temporale, il quale rischia di mettere in crisi la protezione universalistica dei diritti umani, sottesa dalla stessa Convenzione. In altre parole, *quid iuris* se in Europa venisse negato il genocidio perpetrato in altri continenti, come quello ruandese?³²⁴

Dal caso *Perinçek* emerge con chiarezza come dinanzi al negazionismo non possono accogliersi soluzioni asseritamente risolutive, quali "da un lato l'idea che la ricerca storica sia capace di

³²⁰ Cfr. paragrafo 243 della decisione.

³²¹ Cfr. paragrafo 280 della decisione.

³²² In tal senso LOBBA P., *Un "arresto" alla tendenza repressiva cit.*, pp. 7 ss.

³²³ VECCHIO F., *La libertà di espressione cit.*, p. 67. Parimenti critica è FRONZA E., *Negazionismo cit.*, p. 643 che sottolinea come la decisione si basi sulla distinzione tra negazione di un fatto storico e negazione della qualificazione giuridica di un fatto storico, distinzione che solleva due interrogativi, sia in ordine a chi abbia il potere di decidere che un fatto possa essere considerato un fatto storico, sia in relazione alla difficoltà di discernere la narrazione dei fatti dal fatto stesso.

³²⁴ Queste sono alcune delle obiezioni sollevate dal giudice Nussberger.

difendersi da sola; dall'altro l'idea che l'incriminazione dipenda da un certo modo di porsi dello Stato democratico"³²⁵.

3. L'adattamento dell'ordinamento italiano alle spinte incriminatrici derivanti dall'Europa

Spostando l'indagine sul piano di diritto interno, sebbene l'idea di introdurre il reato di negazionismo abbia costituito oggetto di un dibattito parlamentare durato dieci anni, l'Italia fino al giugno del 2016, rientrava tra i Paesi europei che non prevedevano una figura criminosa *ad hoc*³²⁶. Anche nel nostro ordinamento non sono mancati tentativi di introdurre questa figura delittuosa; proposte che si sono ripetute ciclicamente soprattutto in concomitanza con giornate commemorative o in occasione di eventi di cronaca relative ad affermazioni negazioniste³²⁷.

Prima di approfondire l'analisi del reato di negazionismo introdotto dalla legge 16 giugno 2016 n.115³²⁸, è utile soffermarsi sulle diverse proposte dirette ad introdurre un'autonoma fattispecie³²⁹, anche per valutare se il precedente apparato normativo fosse idoneo a colpire comportamenti negazionisti e per meglio comprendere la natura giuridica della disposizione approvata.

³²⁵ CORTESE F., FRONZA E., *Il caso Perinçek davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo cit.*, p. 223, i quali segnalano che sarebbe più opportuno che le tensioni assiologiche dovrebbero trovare un'armonica razionalizzazione.

³²⁶ Come sottolinea VIGEVANI G.E., *Radici della Costituzione cit.* p. 209, probabilmente anche a causa di un procedimento legislativo lento, che impone più momenti di riflessione. Nello stesso senso BIFULCO D., *Negare l'evidenza cit.*, pp. 77 ss., ritiene che l'inerzia del legislatore italiano nell'introdurre la fattispecie di negazionismo sia dovuta ad una mancata presa di coscienza del proprio passato storico, anche per l'assenza di una memoria condivisa circa il ruolo del governo italiano dell'epoca nel contribuire allo sterminio degli ebrei.

³²⁷ FRONZA E., *Il negazionismo come reato cit.*, p. 21.

³²⁸ Vedi infra. Capitolo terzo.

³²⁹ V. LEOTTA D. C., *La rilevanza penale delle affermazioni negazioniste nell'ordinamento italiano*, in AMBORSETTI M. E., (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 588 ss.; DELLA MORTE G., *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia, Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III, 2014, pp. 1181 ss.; CASSANO M., *Negazionismo e opportunità di una risposta penale*, in *Criminalia*, 2013, pp. 272 ss.

3.1. Il travagliato *iter* normativo della fattispecie di negazionismo

Un prima³³⁰ Iniziativa legislativa risale al 2007, quando l'allora Ministro di Grazia e Giustizia Clemente Mastella, pochi giorni prima della celebrazione del Giorno della Memoria, annunciò una proposta per “l'introduzione nel codice penale dei delitti di istigazione a commettere crimini contro l'umanità e di apologia di crimini contro l'umanità”.

Il progetto, mai approvato neppure in sede di Consiglio dei Ministri, prevedeva di introdurre nel codice penale l'art. 414 bis c.p., che avrebbe punito con la sola sanzione detentiva la condotta di istigazione a commettere i crimini di genocidio e i crimini contro l'umanità e la condotta di apologia di crimini contro l'umanità, con il rischio di creare un duplicato dell'apologia e dell'istigazione al genocidio, già sanzionati dalla legge di ratifica della Convenzione per la prevenzione e repressione del genocidio³³¹. Inoltre, l'articolato proponeva di introdurre l'art. 414 ter c.p., che contemplava in forma di circostanza aggravante la condotta di negazione: “se il fatto è commesso negando, in tutto o in parte, l'esistenza di genocidi e di crimini contro l'umanità per i quali vi è stata una sentenza definitiva di condanna dell'autorità giudiziaria italiana o internazionale [...]”³³². Quindi, l'unica condotta rilevante ai fini dell'integrazione della circostanza era la sola negazione – restava esclusa sia l'ipotesi di minimizzazione grossolana che di giustificazione – e l'oggetto materiale era circoscritto, sulla scia della clausola francese, ai crimini di genocidio e contro l'umanità che fossero stati accertati da una sentenza passata in giudicato pronunciata dalla giurisdizione italiana o internazionale, con la conseguenza di escludere la rilevanza penale di quei crimini che sebbene accertati, non fossero stati stabiliti da una sentenza di condanna³³³. Nella proposta, inoltre, non si faceva alcun riferimento esplicito alla negazione della Shoah, posto che la stessa sia ricompresa tra i crimini di genocidio definiti con sentenza da parte di autorità giudiziaria internazionale, qual è il Tribunale di Norimberga.

³³⁰ Si segnala al riguardo un tentativo da parte del senatore A. De Luca d'introdurre una fattispecie di negazionismo. Cfr. Notizie verdi del 18/01/1997.

³³¹ Legge 9 ottobre 1967, n. 962.

³³² Cfr. *Il Sole 24 ore*, 25 gennaio 2007, supplemento *Norme e tributi*, n. 24, p. 32; *Il Corriere della Sera*, 20 gennaio 2007, p. 17. Per un commento sulla proposta v. PULITANÒ D., *Sulla legittimità dei reati di opinione nella proposta Mastella*, in *Quad. cost.*, n. 2 del 2007, pp. 371 ss. SCAFFARDI L., *Oltre i limiti della libertà di espressione*, cit., p. 102, nota 137.

³³³ PUGLISI G., *A margine della c.d. aggravante di negazionismo cit.*, p. 17; FRONZA E., *Negazionismo (dir. pen.) cit.*, p. 644.

L'iniziativa di Mastella non ebbe esito concreto per le numerose proteste provenienti dalla comunità storica, che rifiutava una soluzione basata sulla minaccia della pena, ritenendo che fosse necessaria piuttosto una battaglia culturale e una pratica educativa³³⁴. Gli argomenti portati a sostegno di queste obiezioni sono numerosi, e poiché si tratta di argomenti ricorrenti sul tema del nostro studio³³⁵, è bene riportarli brevemente.

In primo luogo, si sostiene che l'incriminazione del negazionismo offrirebbe al negazionista la possibilità di ergersi a difensore della libertà di espressione, con la conseguenza di far passare gli stessi per vittime e dimostrerebbe la renitenza dello Stato a confrontarsi, preferendo una soluzione più semplice qual è la sanzione penale³³⁶. In secondo luogo, si osserva come si verrebbe ad istituire una verità di Stato con il rischio di trasformare il cittadino in un fedele e di delegittimare quella stessa verità che si cerca a tutti i costi di proteggere³³⁷. Infine, si accentuerebbe l'idea dell'unicità della Shoah, quale evento non comparabile con altri fatti storici, che finirebbe così per collocarsi al di fuori della storia stessa e all'apice di una gerarchia dei "mali" contemporanei³³⁸.

A seguito di tali proteste, il ministro Mastella modificò il Disegno di legge: il testo presentato in Parlamento si limitava a reintrodurre le fattispecie in materia di discriminazione razziale, di cui all'art. 3 della legge n. 654/1975, operanti prima della riforma apportata dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85³³⁹. In particolare, si ripristinava, da un lato la pena detentiva più severa – con la reclusione da 3 a 4 anni- e dall'altro le condotte di incitamento e di diffusione, in luogo

³³⁴ Il riferimento è al Manifesto di critica, firmato da oltre 150 storici italiani, intitolato "Contro il negazionismo per la libertà della ricerca storica", pubblicato in *Storicamente*, n. 2 del 2006. Sempre in senso critico PINO G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, II, 2008, pp. 287 ss. Contrariamente si esprime il filosofo francese LÉVY B.H., secondo cui non sarebbe la legislazione anti-negazionista a nuocere la ricerca storica, bensì il lavoro dei negazionisti "sono loro che sono loro che, con falsificazioni e follie, confondono le piste e complicano le cose", in *Corriere della Sera*, 19 gennaio 2007.

³³⁵ Lo dimostra anche il comunicato dell'Unione delle Camere Penali, "*Al negazionismo si risponde con le armi della cultura e non con quelle del diritto penale, un intervento della società degli storici contemporanei*", del 16 ottobre 2013, in www.camerepenali.it, in risposta al d.d.l S.54 trasmesso al Senato il 15 ottobre del 2013.

³³⁶ PUGLISI G., *A margine della c.d. aggravante di negazionismo cit.*, p. 18.

³³⁷ PINO G., *Discorso razzista cit.*, p. 305 "la repressione giuridica di alcuni discorsi o idee potrebbe instillare il dubbio che la verità ufficiale protetta contro il negazionismo non sia così vera – altrimenti, che bisogno ci sarebbe di proteggerla per legge?".

³³⁸ *Contro il negazionismo per la verità della ricerca storica cit.*

³³⁹ Disegno di legge n. 1694, XV legislatura, presentato in Parlamento il 5 luglio del 2007.

delle attuali di istigazione e propaganda; e si eliminava qualsiasi riferimento al negazionismo. L'unica novità era rappresentata dall'estensione dell'ambito di applicazione anche alle discriminazioni motivate dall'identità di genere o dall'orientamento sessuale³⁴⁰. Seppur con tali modifiche, il Disegno di legge, proposto da Mastella non venne approvato.

Sul tema del negazionismo si è tornati a discutere nel 2010, in seguito alla lezione di Claudio Moffa³⁴¹ tenutasi all'Università di Teramo il 25 settembre, e in risposta alla missiva presentata dalla comunità ebraica, i Presidenti di Camera e Senato si sono dimostrati inclini ad appoggiare le iniziative legislative dirette ad incriminare il negazionismo³⁴²; nonché nel 2011, quando l'allora Ministro di Grazia e Giustizia Angelino Alfano, durante l'incontro promosso dall'associazione di cultura ebraica Hans Jonas, promise di istituire un gruppo di lavoro "per valutare tecnicamente la struttura di una norma che affermi il reato di negazionismo"³⁴³. Tali iniziative però non si sono tradotte in proposte legislative concrete.

Un Disegno di legge è stato proposto in Senato, l'8 ottobre del 2012, da un gruppo di Senatori di appartenenza politica opposta, diretto ad introdurre il reato di negazionismo³⁴⁴. Tale intervento è finalizzato, oltre a contrastare l'aumento di forme di razzismo e di negazione di fatti storici incontrovertibili, anche a dare attuazione alla Decisione Quadro 2008/913/GAI, che viene menzionata nel testo della relazione al disegno di legge, al fine di evidenziare come la repressione di questi fenomeni sia considerata rispettosa dei diritti fondamentali anche dall'Unione Europea.

Nello specifico, la proposta si proponeva l'obiettivo di modificare il primo comma dell'art. 3 della legge n. 654 del 1975, introducendo la lettera b)bis, con cui si puniva con la reclusione fino a tre anni, l'apologia dei crimini di genocidio e dei crimini contro l'umanità come definiti dagli Statuti della Corte penale internazionale e del Tribunale di Norimberga ovvero la negazione della realtà, della dimensione e del carattere genocidario degli stessi. Inoltre,

³⁴⁰ Per un commento più approfondito si rinvia a PULITANÒ D., *Sulla legittimità dei reati di opinione cit.*, pp. 371 ss.

³⁴¹ Professore ordinario di storia delle relazioni internazionali presso la Facoltà di scienze politiche dell'Università di Teramo.

³⁴² Cfr. *La Repubblica*, 15 ottobre 2010. LUZZATO S., *Shoah vera o falsa? Non si decide per legge*, *Il Sole 24 ore*, 17 ottobre 2010. FRONZA E., *Il negazionismo come reato cit.*, p. 21, nota 56.

³⁴³ Tali sono le parole del Ministro di Giustizia Alfano riportate in *Il Messaggero*, 24 gennaio 2011.

³⁴⁴ Cfr. Disegno di legge n. 3511 comunicato alla Presidenza del Senato l'8 ottobre del 2012, primo firmatario Amati, in Att. Parl.Sen., XVI legislatura, doc. n. 3511.

richiamando le clausole di offensività sul modello di quelle tedesca e inglese, tali comportamenti sarebbero stati punibili solo se “idonei a turbare l’ordine pubblico” o se “costituiscono minaccia, offesa o ingiuria”.

È possibile percepire un elemento di novità rispetto al panorama europeo: il progetto non fa riferimento alla minimizzazione grossolana o alla giustificazione, ma nomina gli oggetti della negazione – “realtà”, “dimensione” e “carattere genocidario”. Una simile soluzione amplia il campo d’azione del reato, attraverso formule vaghe e indeterminate che comporterebbero non poche difficoltà in sede di interpretazione e di applicazione giurisprudenziale³⁴⁵.

Il progetto, tuttavia non venne approvato dalla Commissione Giustizia, che richiese la rimessione all’Assemblea. L’interruzione della legislatura non permise l’esame in sede referente.

Nel marzo del 2013, venne presentato al Senato un ulteriore disegno di legge³⁴⁶, che condivideva con il precedente la stessa struttura – introduzione del reato di negazionismo mediante l’inserimento di una lettera b)bis al primo comma dell’art. 3 della legge n.654 del 1975 – ma se ne differenziava per tre profili: in primo luogo, in aggiunta alla pena detentiva si contemplava anche la pena della multa; in secondo luogo, si modificava lo spettro delle condotte punibili attraverso il riferimento all’apologia, alla negazione e alla minimizzazione; e infine con riguardo all’oggetto dell’espressioni non si fa più riferimento allo Statuto del Tribunale di Norimberga. In sostanza, si riprendeva, quasi alla lettera l’art.1 della Decisione Quadro, fatta eccezione per l’aggettivo grossolana che non compare nel testo della proposta. Inoltre, il progetto si propone

³⁴⁵ Al riguardo si osserva come “per tale via si consegue l’effetto di aumentare il perimetro della punibilità, estendendola anche a revisioni storiografiche, incidenti ad esempio sul dato quantitativo, che possono risolversi in minimizzazioni non grossolane”. Cfr. CAPUTO M., *La “menzogna di Auschwitz” cit.*, p. 267.

³⁴⁶ Si tratta del disegno di legge n. S-54 del 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, in Atti parl. Sen., XVII legislatura, doc. n. 54. Al riguardo, il senatore Lumia, sottolinea l’importanza dal punto di vista politico e culturale dell’approvazione di tale disegno di legge, soprattutto in quell’anno in cui ricorreva il settantesimo anniversario della deportazione degli ebrei da Roma. Sul punto SPIGNO I., *La storia infinita e il reato di negazionismo*, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it, 9 gennaio 2014.

di punire anche le condotte legate ai sistemi informatici e ai mezzi di comunicazione telematica³⁴⁷.

Qualche mese dopo, nell'ottobre del 2013, anche in reazione al testamento negazionista di Priebke³⁴⁸, la Commissione Giustizia del Senato, in sede referente propose un emendamento, particolarmente severo, che modificava il disegno di legge in commento. Il nuovo testo³⁴⁹ interviene direttamente sulla disciplina codicistica, all'art. 414 c.p. Più specificamente, dopo l'attuale terzo comma, si puniva con la reclusione da uno a cinque anni "chiunque nega l'esistenza di crimini di genocidio o contro l'umanità e di guerra".

Inoltre, si modificava il quarto comma, con l'introduzione di una circostanza aggravante ad effetto speciale "se l'istigazione e l'apologia dei commi precedenti riguarda delitti di terrorismo, crimini di genocidio, crimini contro l'umanità".

Si tratta di una formulazione eccessivamente ampia, in quanto manca qualsiasi riferimento al requisito di pubblicità del fatto, con il rischio di incriminare opinioni espresse in un contesto riservato, e si prescinde dall'accertamento dell'idoneità della condotta a incitare all'odio e alla violenza razziale.

Così inquadrata, la condotta di negazionismo si caratterizza esclusivamente "per contenuto del pensiero espresso"³⁵⁰. Ma vi è di più: lo schema contenuto nel disegno di legge richiama in

³⁴⁷ Si incriminava sempre alla lettera b)bis "chiunque, propaganda idee, distribuisce, divulga o pubblicizza materiale o informazioni, con qualsiasi mezzo, anche telematico, fondati sulla superiorità o sull'odio razziale, etnico o religioso, ovvero, con particolare riferimento alla violenza e al terrorismo, se non punibili come più gravi reati, fa apologia o incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, anche mediante l'impiego diretto od interconnesso di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili".

³⁴⁸ Capitano delle SS tedesche condannato all'ergastolo per aver preso parte allo sterminio delle Fosse ardeatine.

³⁴⁹ Disegno di legge S. 54 – A, in Atti parl. Sen., XVII legislatura doc. n. 54 – A. Per un primo commento MONTANARI M., *Il disegno di legge in materia di negazionismo passa all'esame dell'aula al Senato*, in *Diritto penale contemporaneo*, (ed. web), 28 ottobre del 2013; FRONZA E., GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo cit.*, p. 6.

³⁵⁰ CASSANO M. *Negazionismo cit.*, p. 277, il quale, tra l'altro sottolinea "La norma novellata non attribuisce, infatti, rilievo né all'effettiva attitudine diffusiva delle teorie negazioniste e neppure alle modalità espressive delle stesse e, in maniera distonica rispetto alla restante formulazione dell'art. 414 c.p., non seleziona neppure i comportamenti illeciti in base al loro contesto pubblico". Parimenti FRONZA E., *Negazionismo cit.*, p. 645 ritiene che la formulazione sia di dubbia compatibilità con lo schema dell'istigazione accolto dalla Corte Costituzionale con la sentenza 4 maggio 1970, n. 65, (sulla sentenza v. *supra* Cap. I, Parte II, 1.3).

maniera astratta “i crimini di genocidio e i crimini contro l’umanità” senza alcun riferimento alla qualificazione giuridica degli stessi, finendo per estendere eccessivamente anche la dimensione temporale dei crimini di cui si occupa, con il rischio di ricomprendere anche crimini attuali o ancora oggetto di interpretazione storica³⁵¹.

Nel corso dei lavori della Commissione, tale testo venne nuovamente riformulato: si rinuncia all’introduzione di un reato autonomo di negazionismo e si opta per la scelta di introdurre una circostanza aggravante - aggiungendo un comma 3-bis all’art. 3 della legge del 1975- nei casi in cui “la propaganda, l’istigazione e il pubblico incitamento si fondino in tutto o in parte sulla negazione della Shoah, dei ovvero dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232”³⁵².

Il testo proposto dalla commissione viene approvato in prima lettura dal Senato l’11 febbraio del 2015³⁵³ e trasmesso all’altro ramo del Parlamento. La Camera dei deputati approva ulteriori modificazioni, introducendo due elementi di novità rispetto al testo preventivamente votato dal Senato. Con l’obiettivo di precisare la tipologia di crimini oggetto della negazione, si precisa che occorre tener conto “dei fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale, ovvero da atti di organismi internazionali e sovranazionali

³⁵¹ In tal senso FRONZA E., GAMBERINI A., *Le ragioni cit.*, p. 4, evidenziano l’infelice formulazione della fattispecie nella parte in cui non si specifica a chi compete qualificare gli eventi come crimini internazionali, chiedendosi se tale operazione sarà compito dei tribunali nazionali o internazionali. Sotto quest’aspetto è utile ricordare che la decisione quadro 2008/913/GAI menziona sì tali crimini, ma ne ancora la definizione e qualificazione a quanto previsto dagli Statuti della Corte penale internazionale e del Tribunale di Norimberga.

³⁵² Il riferimento è al d.d.l S.54-A/R; Cfr. *Resoconto sommario n. 121*, 17 giugno 2013, 2° Commissione permanente, Legislatura XVII, v. I Fascicolo Iter DDL S. 54, pp. 121. Ss. Inoltre il testo proposto, per dare coerenza al sistema apporta due ulteriori modifiche: si riduce il limite di pena (da 5 a 3 anni) prevista al 1 comma dell’art. 414; si inserisce il requisito di pubblicità delle condotte di istigazione a commettere atti di discriminazione razziale e di istigazione a commettere atti di violenza, previste dalle lettere a) e b) del 1 comma dell’art. 3 della legge n.654 del 1975.

³⁵³ Per una riflessione sul testo approvato dal Senato v. PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.4/2015, pp. 325 ss.; GATTA G., *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 16 febbraio 2015.

dei quali l'Italia è membro”³⁵⁴. Il primo criterio – sentenza passata in giudicato pronunciata da un organo di giustizia internazionale – richiama la clausola francese³⁵⁵ e ha il pregio di ridurre la discrezionalità del giudice nel selezionare i fatti che devono essere tutelati, e al contempo le difficoltà di stabilire la natura di crimini internazionali³⁵⁶. Il riferimento agli “atti di organismi internazionali e sovranazionali di cui l'Italia è membro”, avrebbe consentito ad atti di natura politica la determinazione dei fatti, la cui negazione è vietata, complicando il quadro delle fonti di riferimento per ricostruire il crimine oggetto di negazionismo³⁵⁷.

Il 3 maggio del 2016, il Senato emenda nuovamente il testo, che verrà approvato dalla Camera l'8 giugno del 2016 e che costituisce la disposizione entrata in vigore: “si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232”³⁵⁸.

³⁵⁴ Cfr. Atto Camera C. 2874, Dossier n. 291 del 15 aprile 2015, p. 3. Il testo approvato dalla Camera recita: “All'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni, è aggiunto, in fine, il seguente comma: 3-bis. Per i fatti di cui al comma 1, lettere a) e b), e al comma 3, la pena è aumentata se la propaganda, la pubblica istigazione e il pubblico incitamento si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah ovvero dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232, tenendo conto dei fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale, ovvero da atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l'Italia è membro”.

³⁵⁵ V. *supra* Cap. II, 1.1.

³⁵⁶ Sul punto l'On. Ferraresi afferma la necessità di vincolare i crimini oggetto di negazione ad una sentenza passata in giudicato, perché “se il giudice ha una sentenza definitiva sicuramente si ispirerà a questa sentenza e non avrà alcun problema ad accertare che le condotte descritte dalla Corte penale internazionale rientrano senz'altro nelle fattispecie di negazionismo [...] Nel caso in cui non vi sia una sentenza passata in giudicato sarà il giudice italiano a dover valutare se questo genocidio, se questo crimine contro l'umanità c'è o non c'è [...] Ci vorrebbe un'équipe di esperti solo per il giudice. Ecco perché noi chiediamo un accertamento giudiziale o una decisione politica con un inserimento che credo sia di assoluta chiarificazione e possa dare al giudice meno discrezionalità nella scelta della fattispecie da applicare”, in Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 501 di martedì 13 ottobre 2015, p. 37.

³⁵⁷ Cfr. PUGLISI G., *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo” cit.*, p. 20.

³⁵⁸ L. 16 giugno 2016, n. 115 colloca la fattispecie di negazionismo nel comma 3-bis dell'art. 3 della Legge n. 654 del 1975.

La disposizione in commento è stata integrata dalla legge 20 novembre 2016 n. 167³⁵⁹ che, al fine di dare completa attuazione alla decisione quadro 2008/913/GAI e conformarsi alle indicazioni della Commissione europea³⁶⁰, ha modificato il comma 3-bis dell'art. 3 della legge del 1975, aggiungendo le condotte di minimizzazione in modo grave e di apologia³⁶¹. Ulteriore novità ha riguardato l'introduzione del negazionismo tra i reati presupposto della responsabilità degli enti³⁶², come espressamente previsto dall'art. 5 della decisione quadro³⁶³.

3.2. L'introduzione della fattispecie nel codice penale: continuità normativa?

L'*iter* normativo che coinvolge il discorso negazionista non si conclude con i provvedimenti fin ora esposti. Infatti, il 6 aprile del 2018, è entrato in vigore il decreto legislativo n.21³⁶⁴, con cui

³⁵⁹ Recante “Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea”. Per un commento v. GALLUCCIO A., *Modificata l'aggravante di negazionismo e inserito l'art. 3 C. 3-bis L. 654/1975 nel novero dei reati presupposto della responsabilità dell'ente*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 20 dicembre 2017.

³⁶⁰ La Commissione europea nell'ambito della procedura EU Pilot 8184/15/JUST (l'EU Pilot è uno strumento di dialogo tra le Istituzioni europee e lo Stato membro, diretto a prevenire la procedura di infrazione) ha rilevato sia un recepimento incompleto della decisione quadro 3008/913/GAI da parte dello Stato italiano, poiché non sono incluse le condotte di pubblica negazione, apologia e minimizzazione grossolana, sia un mancato recepimento con riguardo alla responsabilità delle persone giuridiche. Per l'esame dettagliato della procedura contenziosa v. *Legge penale europea 2017, A.C 4505*, in *Dossier XVII Legislatura*, maggio 2017, pp. 16 ss.

³⁶¹ Il comma 3-bis come modificato recita: “applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232”.

³⁶² Art. 25-terdecies, D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

³⁶³ L'art. 5 della decisione quadro 2008/913/GAI rubricato “Responsabilità delle persone giuridiche” prevede: “Ciascuno Stato membro prende le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili dei comportamenti di cui agli articoli 1 e 2 posti in essere a loro vantaggio da qualsiasi soggetto che agisca a titolo individuale o in quanto parte di un organo della persona giuridica e abbia una posizione direttiva in seno alla persona giuridica [...]”.

³⁶⁴ D. lgs. 1° marzo 2018 n. 21, “Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103”, emanato sulla base della delega conferita al Governo dall'art.1 della l. 23 giugno 2017 n. 103, c.d. riforma Orlando.

il Governo, in attuazione della riserva di codice in materia penale³⁶⁵, ha trasferito nel codice penale diverse norme incriminatrici previste nella legislazione complementare, con contestuale abrogazione delle disposizioni in essa contenute. Nello specifico, le fattispecie di negazionismo, in precedenza disciplinata dal comma 3-bis dell'art 3 della legge n. 654 del 1975 è stata inserita nell' ultimo comma dell'art. 604bis c.p., rubricato "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa", il quale recita:

Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale.

La formulazione della norma riproduce testualmente l'abrogato art. 3 della legge del 1975. L'unica innovazione attiene all'oggettività giuridica tutelata, rappresentata dall'uguaglianza, come si evince dalla rubrica della Sezione I-bis in cui il reato è stato trasposto³⁶⁶. Tale bene, seppur definito in dottrina onnicomprensivo³⁶⁷, potrebbe rappresentare una risposta del legislatore al vivace dibattito che ha coinvolto dottrina e giurisprudenza in relazione all'individuazione del bene tutelato, che è stato identificato ora nell'ordine pubblico, ora nella dignità umana³⁶⁸.

³⁶⁵ Principio inserito nell'art. 3-bis c.p., secondo cui "nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia". Per un commento sulla riserva di codice si rinvia a PAPA M., *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5/2018, pp. 129 ss.; DONINI M., *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, n.4/2018, pp. 429 ss.; BERNARDI S., *Il nuovo principio della "riserva di codice" e le modifiche al codice penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4/2018 pp. 127 ss.; PANEBIANCO G., *Una prima attuazione della riserva di codice tra audaci scelte e studiati silenzi*, in *Legs. pen.*, 2018, pp. 1 ss.

³⁶⁶ Il d. lgs 21/2018 ha introdotto un'apposita Sezione I-bis rubricata "Dei delitti contro l'uguaglianza" all'interno del Titolo XII – "Dei delitti contro la persona - del Libro II.

³⁶⁷ PAPA M., *Dal codice penale cit.*, p. 147.

³⁶⁸ Sul punto v. Cap.1 par. 3.2; Cap. III par. 3.

Inoltre, viene espunto il riferimento alla legge di ratifica dello Statuto della corte penale internazionale con cui si chiudeva la norma precedente, probabilmente per ragioni di semplificazione sintattica.

Dunque, la riforma in esame si limiterebbe ad effettuare una ricollocazione topografica della fattispecie che resta invariata dal punto di vista contenutistico. Si sarebbe in presenza di una *abrogatio sine abolitione*³⁶⁹, in virtù del quale le fattispecie continuano ad avere rilevanza penale senza soluzione di continuità³⁷⁰. Del resto, la continuità normativa trova conferma anche nella Relazione illustrativa che accompagna il decreto³⁷¹, in cui si legge che l'operazione di razionalizzazione della normativa penale – avente l'obiettivo di garantire “una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena” - deve avvenire “fermo restando le scelte incriminatrici già operate dal legislatore”, ossia senza alcuna modifica del contenuto delle fattispecie già vigenti.

CAPITOLO IV: DAL DIBATTITO SULL'APPROVAZIONE ALL'ANALISI DEL PRECETTO PENALE

SOMMARIO: 1. La natura giuridica della fattispecie: circostanza aggravante o reato autonomo? - 1.2 Le ricadute applicative della qualificazione come circostanza o come reato autonomo - 1.3 Tentativo di risposta alla luce dei criteri esaminati- 2. Quale offesa al bene giuridico – 3. L'elemento oggettivo: la condotta - 3.1 Il concreto pericolo di diffusione - 3.2 L'elemento materiale del reato: la Shoah ed i crimini interazionali – 4. L'elemento soggettivo. Consumazione e tentativo

³⁶⁹ Per la definizione del concetto MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 125.

³⁷⁰ BERNARDI S., *Il “nuovo” principio della riserva di codice cit.*, secondo cui “l'intera operazione di razionalizzazione svolta dal d.lgs. 21/2018 si è infatti tradotta in una mera traslazione «codice-centrica», senza variazioni rilevanti dal punto di vista sostanziale”, p. 132.

³⁷¹ Cfr. Relazione illustrativa del Governo al d. lgs 21/2018, consultabile sul sito del Ministero della Giustizia.

1. La natura giuridica della fattispecie: circostanza aggravante o reato autonomo?

Particolarmente controversa è la natura giuridica della nuova disposizione. Questa, è stata individuata dalla dottrina dominante³⁷² in una circostanza aggravante, seppur non manchi qualche voce isolata³⁷³ che ne accoglie la qualificazione in termini di reato autonomo.

Consapevoli della difficoltà di formulare una qualificazione univoca, vista l'assenza di pronunce guida della Corte di cassazione, si affronterà l'argomento partendo dai criteri elaborati dalla giurisprudenza in relazione a questioni dubbie³⁷⁴, per poi valutare le implicazioni pratiche derivanti dall'interpretazione nell'uno o nell'altro senso.

Del resto, la questione sul come qualificare una fattispecie rappresenta una costante per gli studiosi del diritto penale³⁷⁵, essendo numerose le ipotesi della cui natura si controverte accesamente³⁷⁶; tanto da spingere autorevole dottrina a parlare di “un ordinario problema di

³⁷² CAROLI P., *Aggravante di negazionismo e nuove condotte tipiche*, in *Diritto penale e processo*, n.5/2018, pp. 605 ss.; LEOTTA C.D., *La rilevanza penale delle affermazioni negazioniste nell'ordinamento italiano cit.*, pp. 588 ss.; MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte Generale*, ed. IV, Cedam, Padova, 2018, pp. 76 ss.; FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2016, pp. 1016 ss.; BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n.2/2016, pp. 978 ss.; CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n.2/2016, pp. 999 ss.; PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.4/2015, pp. 326 ss.; VISONE G., *L'aggravante del negazionismo, tra vincoli di matrice sovranazionale e legislazione simbolica*, in *Gazzetta forense*, n.4/ 2016, pp. 1017 ss.; PUGLISI G., *A margine della c.d. aggravante di negazionismo cit.*

³⁷³ SCOTTO ROSATO A.S. *Osservazioni critiche sul nuovo “reato” di negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3/2016, pp. 280 ss.; VENAFRO E., *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *La legislazione penale*, n.2, 2018, pp. 11 ss.

³⁷⁴ Che la questione sia dubbia è sottolineata anche da MACCHIA A., *Spunti in tema di negazionismo*, in *Cassazione penale*, I, 2019, p. 24. L'autore, pur propendendo per la qualificazione in termini di circostanza, ritiene che la previsione è “strutturata con peculiarità tali che la si sarebbe potuta configurare come fattispecie autonoma”.

³⁷⁵ BRICOLA F., *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanza del reato)*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, p.333, il quale definisce la questione “una costante del pensiero giuridico penale”

³⁷⁶ Tra i casi maggiormente controversi possiamo ricordare l'ipotesi di corruzione in atti giudiziari di cui all'art. 319 ter c.p. rispetto alle fattispecie di cui agli artt. 318 e 319 c.p.; le fattispecie di furto in abitazione e furto con strappo rispetto all'art. 624 c.p.; o ancora l'ipotesi di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ex art. 640-bis c.p. rispetto al delitto di truffa di cui all'art. 640 c.p.

interpretazione della legge”³⁷⁷. Infatti, nonostante il principio di legalità debba ispirare il legislatore nella formulazione tanto degli elementi costitutivi quanto degli *accidentalia delicti*, spesso la distinzione tra titolo autonomo e circostanza non è determinata né facilmente determinabile.

In questi casi dubbi, il compito di trovare un indizio da cui possa desumersi se si tratta di figura autonoma o di circostanza³⁷⁸ ricade sulla dottrina e giurisprudenza, che a tal fine, hanno elaborato alcuni criteri di distinzione - suddivisibili in criteri deboli e criteri forti³⁷⁹ - sintetizzati nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 26 giugno 2002, n. 221663³⁸⁰.

I criteri vengono definiti forti quando consentono di qualificare la fattispecie in modo decisivo. Il primo criterio forte, considerato una “*conditio sine qua non* della qualificazione di un elemento come circostanza”³⁸¹ è il rapporto di specialità, che ricorre quanto la fattispecie circostanziale include tutti i requisiti del reato-base, con l’aggiunta di elementi specializzanti. Tuttavia, come precisato nella sentenza Fedi, la specialità pur essendo una condizione necessaria, non è sufficiente, dato che anche un reato può essere speciale rispetto ad un altro reato³⁸². Un secondo criterio forte che depone a favore della qualificazione circostanziale della fattispecie dubbia è rappresentato dalla presenza di espressioni quali “la pena è aumentata”, senza ulteriori indicazioni sul *quantum*. L’ultimo criterio forte è costituito dal rinvio esplicito alla disciplina delle circostanze di cui all’art. 69 c.p.

I criteri sono definiti deboli in quanto forniscono all’interprete solo indicazioni approssimative. Si tratta di criteri che assumono valenza univoca in via sussidiaria – cioè se la valutazione dei criteri forti non abbia dissipato i dubbi - e solo cumulativamente – nel senso che devono

³⁷⁷ VASSALLI G., *Concorso tra circostanze eterogenee e “reati aggravati dall’evento”*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1975, p. 41.

³⁷⁸ GALLO M., *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in Riv. it. dir. proc. pen., 194, p. 566.

³⁷⁹ La classificazione ricomprende anche quei criteri che la sentenza Fedi ha definito “inutili”, di cui fanno parte tutti quelli proposti in passato dalla dottrina e considerati inutilizzabili perché fuorvianti o obsoleti. Per un approfondimento sui criteri inutili cfr. BASILE E., *op. cit.*, p. 24.

³⁸⁰ Cass. sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, in CED Cass., n. 221663.

³⁸¹ BASILE F., *Reato autonomo o circostanza? Punti ferme e questioni ancora aperte a dieci anni dall’intervento delle Sezioni unite sui “criteri di distinzione”*, in AA. VV., *Studi in onore di F. Coppi*, Torino 2012, p. 43.

³⁸² Nella sentenza, la Cassazione riporta l’esempio del delitto di oltraggio a magistrato in udienza di cui all’art. 343 c.p. che è fattispecie speciale rispetto al delitto di ingiuria.

convergere verso il medesimo risultato³⁸³. Tra essi, quelli maggiormente richiamati per avvalorare la tesi della fattispecie di negazionismo in termini di aggravante sono: la descrizione per *relationem*, ovvero attraverso un riferimento esplicito al reato base con formule del tipo “se i fatti di cui all’art’..”; e la collocazione topografica, che ricorre quando la fattispecie dubbia è descritta nella stessa norma del reato base cui si riferisce.

Permane, infine la possibilità di valorizzare l’*intentio legis* alla base dell’intervento novellistico. Ad ogni modo, come è emerso nell’analisi dei lavori parlamentari spesso i dubbi caratterizzano le stesse intenzioni del legislatore, prima di interessare la fattispecie.

1.2. Le ricadute applicative della qualificazione come circostanza o come reato autonomo

La distinzione in parola non attiene meramente ai profili teorici; infatti dall’inquadramento della fattispecie tra gli *accidentalia delicti* ovvero tra gli elementi costitutivi discendono importanti ricadute applicative degli istituti penalistici, sia di diritto sostanziale che processuale. In più, per quanto riguarda la fattispecie in commento, queste influiscono anche sull’effettività del contrasto al fenomeno negazionista.

L’implicazione più rilevante, *in primis*, attiene al giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p.³⁸⁴, cui sono soggette solo le circostanze. Quindi, considerare il 3 comma dell’art. 604-bis c.p. come circostanza aggravante del reato di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa, comporta che questa sarebbe destinata ad essere disapplicata ove ritenuta soccombente nel caso di concorso eterogeneo con circostanze attenuanti, posta l’assenza nella fattispecie in esame del divieto di prevalenza né di

³⁸³ In questi termini BASILE F., *op. cit.*, p. 43.

³⁸⁴ L’art. 69 recita: “Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.

Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti. Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze”.

equivalenza³⁸⁵. Proprio tale risvolto denota uno degli elementi critici della disciplina, cioè il rischio di una norma ineffettiva, espressione di un diritto penale meramente simbolico³⁸⁶.

La qualificazione della fattispecie in termini di circostanza anziché reato autonomo, comporta ulteriori ricadute sul *tempus commissi delicti*³⁸⁷. Più nello specifico, la questione rileva per l'individuazione del momento consumativo del reato: se il negazionismo fosse una circostanza aggravante, il *tempus commissi delicti* corrisponderebbe al momento in cui giunge a consumazione il reato base di propaganda e istigazione razziale.

Quest'ultimo, come precisato dalla giurisprudenza è un reato di pericolo astratto, che si consuma nel momento e nel luogo in cui viene posta in essere la condotta, "a nulla rilevando che l'azione abbia prodotto degli effetti, cioè che nell'immediatezza del fatto l'incitamento o la propaganda siano o meno stati recepiti³⁸⁸". Quindi, se il negazionismo fosse una circostanza, si consumerebbe nel momento e nel luogo in cui è stata posta in essere la condotta base di propaganda ed istigazione razziale. Se invece la fattispecie fosse interpretata come reato autonomo, posto che la norma è strutturata sul modello dei reati di pericolo concreto, il negazionismo giungerebbe a consumazione nel momento e nel luogo in cui si verifica il concreto pericolo di diffusione³⁸⁹.

Per quanto attiene alla configurabilità del tentativo la distinzione tra reato autonomo e circostanza non sembra rilevante. E ciò in virtù del fatto che nella formulazione della norma la negazione è il substrato della propaganda, istigazione ed incitamento e come tale da esse ontologicamente inscindibile. E questa inscindibilità si ha sia se si configura la fattispecie in termini di reato autonomo che di aggravante. In altre parole, essendo la condotta non frazionabile il tentativo non sembra ammissibile a prescindere da come si configuri la fattispecie.

³⁸⁵ Evidenziano il rischio di una concreta disapplicazione cfr. SCHETTINO M.H., *La nuova aggravante del negazionismo cit.*, p. 1142; LEOTTA D., *Negazionismo e genocidio armeno cit.*, p. 78; FRONZA E., *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *Diritto penale e processo* n.2/2017, p. 164; SCOTTO ROSATO A. S., *Osservazioni critiche cit.*, p. 286.

³⁸⁶ Cfr. FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso cit.*, p. 1027;

³⁸⁷ Secondo la dottrina prevalente le circostanze, differenziandosi dagli elementi costitutivi, non incidono sul *tempus* e sul *locus commissi delicti*, v. GUERRINI R., *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988, p.15.

³⁸⁸ Cass. pen., n.36906 del 2015.

³⁸⁹ V. infra par. 4, Cap III.

Infatti, secondo l'orientamento dottrinale dominante, la frazionabilità della condotta è il principale elemento da valutare per affermare se di una data fattispecie di reato può essere punito anche il tentativo³⁹⁰.

In più si aggiunga, come si dirà in seguito, che si è in presenza di un reato di pericolo concreto. Punire il tentativo di un reato di pericolo significherebbe reprimere “il pericolo di un pericolo”, con il rischio di anticipare eccessivamente la soglia di punibilità. Se si può parlare di tentativo solo quando gli atti compiuti siano idonei ed univocamente diretti alla lesione del bene tutelato, si comprende che, nel caso dei reati di pericolo, gli atti hanno raggiunto quella pericolosità richiesta dalla norma per integrare il delitto³⁹¹.

Il medesimo discorso potrà farsi con riguardo al *locus commissi delicti*: il luogo di commissione del reato, così come il giudice competente per territorio ai sensi dell'art. 8 c.p.p., sarà lo stesso sia se si consideri il negazionismo come aggravante sia se lo si consideri come reato autonomo, poiché la condotta di negazione non è realizzabile separatamente dalla propaganda, istigazione ed incitamento, cioè non è frazionabile.

Infine, un'altra implicazione riguarda il regime di imputazione della responsabilità. L'art. 59 comma 2 prevede che “le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa”. Quindi, la propaganda o l'istigazione all'odio razziale, potrebbe essere aggravata dalla negazione “dei crimini di genocidio, contro l'umanità o di guerra”, soltanto se l'agente sia consapevole che le sue asserzioni siano false, e quindi avesse l'effettiva conoscenza che gli eventi da lui negati si siano verificati; ovvero, qualora non avesse contezza della realtà di questi crimini, e l'ignoranza sia frutto di un errore per colpa a lui imputabile. E si badi che al riguardo è richiesta una conoscenza normativa dei crimini negati, ovvero la conoscenza del crimine così come definito dallo Statuto della Corte penale internazionale.

Il richiamo espresso alle norme definitorie dello Statuto sembrerebbe escludere la possibilità di valutare a norma dell'art. 59 co.2 c.p., la conoscenza parallela nella sfera “laica” dei concetti di

³⁹⁰ FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 98.

³⁹¹ In tal senso FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale* cit., pp. 475 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale* cit., p. 437; In giurisprudenza v. Cass., sez. I., n. 6004 del 19.01.1996, in Giust. pen., II, 1996, p. 511, che ha dichiarato inammissibile il tentativo del delitto di istigazione a delinquere.

genocidio, crimini contro l'umanità e di guerra³⁹². Quest'aspetto denota un'ulteriore criticità nella qualificazione della fattispecie in termini di circostanza: l'onere probatorio dell'ignoranza colposa sarebbe difficilissimo e conseguentemente per superarlo si ricorrerebbe ad una illegittima presunzione di dovuta conoscenza dei crimini negati³⁹³. Mentre, nel caso in cui si trattasse di un reato autonomo, questi sarebbe imputabile a titolo di dolo, non essendo prevista la responsabilità per colpa.

1.3. Tentativo di risposta alla luce dei criteri di distinzione

La discussione intorno alla qualificazione giuridica è stata affrontata anche durante i lavori parlamentari, come si evince dai testi che hanno fatto da navetta tra Camera dei deputati e Senato. Infatti, se l'*intentio legis* era quella introdurre una figura autonoma³⁹⁴, la disposizione in ultimo approvata non può dirsi rispettare in pieno questa intenzione.

Ictu oculi, la norma sembrerebbe introdurre nell'ordinamento una circostanza aggravante, speciale³⁹⁵ e ad effetto speciale³⁹⁶, del reato di propaganda e istigazione all'odio razziale. Si tratterebbe, in sostanza di una soluzione di evidente carattere compromissorio che, da un lato consente l'adempimento agli obblighi assunti a livello europeo, ma dall'altro non estende eccessivamente l'area del penalmente rilevante, andando a colpire una pura manifestazione del

³⁹²Cfr. VISIONE G., *L'aggravante del negazionismo cit.*, p. 1027; Contra FRONZA E., *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo in Italia cit.*, p. 164, secondo cui "affinché sia imputabile l'aggravante è sufficiente il canone della conoscenza parallela della sfera laica, tanto più considerando che i crimini oggetto di proclami negazionisti, sono particolarmente gravi e parte della comune sedimentazione".

³⁹³ PUGLISI G., *A margine della c.d. aggravante di negazionismo cit.*, p. 34.

³⁹⁴ Come si legge dagli atti parlamentari, diversi onorevoli si sono espressi nel senso di ritenere la disposizione definitivamente approvata un titolo autonomo di reato. In tal senso: Sarro C., ritiene che "modifiche che sono state apportate al testo dal Senato, modifiche significative che hanno determinato anche una sostanziale nuova configurazione della fattispecie rispetto a quella che era stata delineata nel testo licenziato, appunto, sette mesi fa dalla Camera. In particolare, segnaliamo che la Camera alta ha modificato, nello specifico, la configurazione da aggravante di varie ipotesi di reato, così come era delineata la condotta negazionista precedentemente, in una figura di reato autonoma" Cfr. Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 629 del 23 maggio 2016, p. 46. Parimenti si sono espressi Sisto, Molteni, Dambruoso.

³⁹⁵ Speciale in quanto riferita solo alle condotte di cui al 1 comma dell'art. 604 bis.

³⁹⁶ Ad effetto speciale perché comporta un aumento di pena superiore ad un terzo (si prevede la pena della reclusione da due a sei anni).

pensiero³⁹⁷. La portata della norma sarebbe notevolmente ridotta. Dal momento che la circostanza, per definizione, si include entro i limiti già tracciati dalla fattispecie base, non acquisirebbero rilevanza penale condotte che in precedenza ne erano prive³⁹⁸. È pur vero che il medesimo discorso potrebbe farsi anche qualificando il negazionismo come reato autonomo. Infatti, essendo il negazionismo una *species* del discorso razzista, sarebbe già punibile come tale pur in assenza di una disposizione ad hoc³⁹⁹.

Questa lettura non sembra condivisibile. Difatti pur ritenendo che l'ideologia negazionista esprime una volontà discriminatoria nei confronti di una razza o di un'etnia, venendo così a costituire una *species*, un particolare modo di essere del discorso razzista, rispetto al quale si specifica per la particolare modalità di perpetrazione dell'offesa, non si può prescindere dal considerare che questo nesso tra negazionismo e discriminazione potrebbe essere di immediata percezione solo nel caso in cui l'asserzione abbia ad oggetto la Shoah e i crimini di genocidio, in quanto solo in tali ipotesi alla negazione si accompagna l'antisemitismo e il razzismo. Negli altri casi, soprattutto nella categoria dei crimini di guerra, la sovrapposizione tra negare e discriminare risulta di difficile individuazione⁴⁰⁰.

Il ragionamento appena trae conforto dall'unico caso - anteriore all'introduzione della fattispecie di negazionismo nel nostro ordinamento - giunto al vaglio dei giudici di merito, che si è concluso con un'assoluzione piena "perché il fatto non sussiste". Il caso riguardava un docente che in presenza di colleghi ed alunni avrebbe riportato frasi di chiaro carattere negazionista: in sostanza, il docente avrebbe affermato che "la Shoah è un'invenzione degli alleati, che le prove mancano e quelle esistenti sono state contraffatte". Il tribunale di Roma ha ritenuto non punibile le esternazioni negazioniste in applicazione della normativa già vigente in materia di discriminazione razziale, sulla base della considerazione che "riportare tesi negazioniste dell'Olocausto in modo asettico, senza utilizzare termini indicativi della superiorità

³⁹⁷ Cfr. BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo cit.*, p. 994, che la definisce una "timida aggravante".

³⁹⁸ PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio cit.*, p. 326; NATALINI A., *La politica criminale delle circostanze nella legislazione del terzo millennio*, in *Archivio penale* n.3 del 2017, p.28.

³⁹⁹ Per queste considerazioni CARUSO C., *Dignità degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti" cit.*, p. 804. L'autore sostiene la sostanziale superfluità di una previsione sul negazionismo, argomentato che la preesistente esistenza di una legislazione in materia di propaganda razzista già permetteva di reprimere le condotte in commento in quanto mere modalità esecutive della medesima.

⁴⁰⁰ In tal senso FRONZA E., *Introduzione dell'aggravante di negazionismo cit.*, p. 160.

del popolo ariano e senza manifestare odio verso il popolo ebraico non integra il reato di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale previsto (all'epoca dei fatti) dall'art.3 comma 1 lett. a) della legge n. 654 del 1975⁴⁰¹. Probabilmente il giudizio avrebbe avuto esito diverso se vi fosse già stata la fattispecie di negazionismo. Peraltro, questo farebbe anche propendere per una valutazione del negazionismo quale fattispecie autonoma, in quanto il negazionismo avrebbe un'area di punibilità più estesa della supposta fattispecie base.

Tornando alla *vexata quaestio* della natura giuridica, a favore della ricostruzione della fattispecie in termini di aggravante deporrebbe anzitutto la collocazione topografica: la disposizione è contemplata in un comma aggiuntivo dell'art. 604 bis c.p., che descrive il fatto-base cui essa accedrebbe se si trattasse di un'aggravante. Inoltre, la natura di circostanza troverebbe conferma nel tenore letterale della norma. Si ritiene che il fatto del negare venga descritto per *relationem* con le fattispecie di cui al primo comma, in quanto il testo della disposizione non delinea autonomamente le condotte veicolo del pensiero negazionista, limitandosi a richiamare i modelli di condotta della propaganda, istigazione ed incitamento senza ulteriori specificazioni. Pertanto, tali concetti non avrebbero un senso in sé, ma dovrebbero essere interpretati attraverso un rinvio alla descrizione operata nel primo comma⁴⁰². Questa interpretazione desta qualche perplessità. Innanzitutto, come hanno precisato le Sezioni Unite⁴⁰³, il criterio *per relationem*, essendo un criterio debole, da solo non è sufficiente a fornire una risposta esaustiva sull'esatta qualificazione⁴⁰⁴. Inoltre, tale criterio, nell'ipotesi in commento, non può ritenersi pienamente soddisfatto dal momento che nel testo della norma manca una formula del tipo "i fatti di cui ai commi precedenti"⁴⁰⁵, ma vengono espressamente

⁴⁰¹ Cfr. Trib. Roma, sez. VI penale, 12 novembre 2013, n.18931.

⁴⁰² Sul punto VENAFARO E., *Il nuovo reato di negazionismo cit.*, p. 25; FRONZA E., *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo cit.*, p. 156 nota n. 7, in cui si legge "La natura di circostanza trova conferma in una pluralità di criteri: dei lavori preparatori che esprimono una chiara voluntas legis di introdurre un'aggravante e non una fattispecie costitutiva; nel tenore letterale della disposizione (la fattispecie è descritta *per relationem* alle condotte della fattispecie base) e infine nella collocazione topografica (in un comma aggiuntivo dello stesso articolo che prevede il reato base cui essa accede)".

⁴⁰³ Cass., S.U., 26 giugno 2002, Fedi.

⁴⁰⁴ BASILE F., *op. cit.*, p. 30 sostiene che sia "più prudente attribuire al criterio della descrizione *per relationem* un valore meramente indiziario, dal momento che non sempre la sua presenza consente di giungere a conclusioni inconfutabili".

⁴⁰⁵ Del resto, anche qualora fosse stata formulata la norma attraverso una siffatta tecnica di rinvio non potrebbe dirsi con certezza che si tratti di una circostanza. Si prenda come esempio la corruzione in atti giudiziari. L'art. 319

indicate le condotte di propaganda, istigazione ed incitamento, dando per scontato che si tratti di quelle di cui al primo comma.

A questo punto, appurata l'esistenza di un rapporto di specialità, seguendo l'insegnamento delle Sezioni Unite per cui "solo se in presenza del rapporto di specie a genere la disposizione dubbia venisse descritta *per relationem* si tratterebbe di una circostanza, sempre che non sussista un ulteriore elemento nella disposizione dubbia che possa qualificarsi come elemento costitutivo"⁴⁰⁶, occorre interrogarsi sulla sussistenza o meno di un elemento che possa qualificarsi come costitutivo della fattispecie di negazionismo.

Per compiere una simile operazione appare necessario effettuare un confronto strutturale delle due disposizioni.

Quanto alla condotta di propaganda di cui alla lett. a) primo comma, come si desume dalle applicazioni giurisprudenziali in *subiecta materia*, essa si qualifica come diffusione di messaggi diretta a condizionare od influenzare il comportamento o la psiche dei destinatari, in modo da raccogliere consensi. Come precisato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.87 del 1966, la nozione di propaganda non coincide con la mera divulgazione, dal momento che per aversi propaganda penalmente rilevante si richiede un *quid pluris*: la diffusione deve essere idonea a raccogliere adesioni rispetto al messaggio divulgato. Invece, il terzo comma fa riferimento alla propaganda da cui derivi concreto pericolo di diffusione; ed è proprio l'elemento del concreto pericolo di diffusione a rappresentare il disvalore dell'ipotesi in questione.

Infatti, se nel primo comma il pericolo di diffusione è intrinseco al concetto stesso di propaganda, nel terzo comma tale pericolo rappresenta l'evento da accertare in concreto.

In altri termini, per integrare il delitto di propaganda all'odio razziale non è necessario l'accertamento in concreto della diffusione del messaggio, né dell'adesione dei destinatari. Come ha precisato la Corte di Cassazione, si tratta di un reato di pericolo astratto "a nulla rilevando che l'azione abbia prodotto degli effetti, cioè che il fatto dell'incitamento o la propaganda siano stati recepiti"⁴⁰⁷. Altrettanto non può dirsi nel caso del negazionismo, rispetto al quale è necessario l'accertamento in concreto della diffusione per ritenere perfezionata la fattispecie.

ter c.p., nonostante la descrizione *per relationem* è stato interpretato dalla giurisprudenza in termini di reato autonomo. Sul punto v. Cass. S. U., 21 aprile 2010, Mills, in CEDCass., n. 246581.

⁴⁰⁶ Sentenza Fedi cit.

⁴⁰⁷ Cass. pen. Sez. III, 14 settembre 2015 n. 36906.

Parimenti può dirsi in relazione alla condotta di istigazione. Questa nel primo comma è descritta come istigazione a commettere atti di discriminazione (lett. a) o atti di violenza (lett. b), mentre nel terzo comma si riferisca all'istigazione da cui ne derivi concreto pericolo di diffusione. Nel primo caso è ravvisabile uno stretto legame tra l'idoneità della condotta - intesa come "capacità del messaggio discriminatorio a trasformarsi in atti concreti"⁴⁰⁸ - e la commissione del reato; nel terzo comma l'idoneità dell'istigazione non riguarda la commissione del reato, bensì la diffusione dell'idea negazionista.

Alla luce delle considerazioni svolte l'espressione "in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione" di cui al terzo comma, poiché consente di distinguere le condotte in esso descritte rispetto a quelle del primo comma, potrebbe considerarsi un elemento costitutivo della fattispecie di negazionismo, in ragione del fatto che specifica la modalità in cui deve esternarsi il pensiero negazionista per essere punibile⁴⁰⁹.

Conseguenza del ragionamento appena svolto è che la l. n. 115 del 2016 abbia introdotto nell'ordinamento un titolo autonomo di reato.

In questa direzione, sembrerebbe muovere anche la definizione nel *quantum* della pena. Infatti, l'aggravio non sembra essere proporzionato rispetto alla pena prevista per il reato base: la negazione della Shoah è punita più severamente (reclusione fino a 6 anni) rispetto all'effettiva commissione di un atto di violenza di stampo razzista (reclusione fino a 4 anni). Non si comprende dove risiederebbe il maggiore disvalore della circostanza né la ragionevolezza di questo significativo aumento di pena⁴¹⁰.

La qualificazione in termini di reato autonomo potrebbe desumersi anche dalla sua collocazione sistematica. Il d.lgs n.21 del 2018, introducendo nel codice penale le fattispecie in tema di discriminazione razziale, ha previsto all'art. 604 ter, rubricato "circostanza aggravante", un'aggravante generica applicabile ai tutti i reati commessi con finalità di discriminazione o odio etnico, razziale o religioso⁴¹¹. Non si comprendono le ragioni per cui l'aggravante del

⁴⁰⁸ VENAFRO E., *Il nuovo reato di negazionismo cit.*, p. 28.

⁴⁰⁹ SCOTTO ROSATO A.S., *Osservazioni critiche cit.*, P. 296.

⁴¹⁰ DANIELE L., *Negazionismo e libertà di espressione cit.*, p. 98; LEOTTA G. D., *La rilevanza penale delle affermazioni negazioniste cit.*, p. 602; VENAFRO E., *Il nuovo reato di negazionismo cit.*, p. 16.

⁴¹¹ L'art. 604 ter recita "Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà".

negazionismo non sia stata inserita in tale norma. Sempre che, a questo punto la fattispecie possa ancora ritenersi una circostanza.

2. Quale offesa al bene giuridico

L'individuazione del bene giuridico rappresenta il *punctum dolens* del dibattito penalistico sul negazionismo, essendo essa strettamente correlata al requisito di necessaria offensività del reato, che è stato inteso dalla giurisprudenza costituzionale quale requisito indispensabile per vagliare la legittimità di quei reati aventi ad oggetto una manifestazione del pensiero⁴¹².

Al riguardo, ammesso che la verità o la memoria storica non possono rientrare nel novero dei beni penalmente tutelabili⁴¹³, sono stati presi in considerazione come possibili oggetti giuridici le alternative costituite dall'ordine pubblico e dalla dignità umana.

Seppur non è mancato chi abbia contestato l'esistenza stessa di un bene giuridico a sostegno dell'incriminazione⁴¹⁴, occorre ricordare, riprendendo le parole di un illustre penalista, che nella questione di cui si discute "sono in gioco interessi che hanno a che fare con l'universo etico-politico che il negazionismo colpisce, e con la dignità di popoli che sono state vittime di genocidio"; si è in un settore di "vitale importanza" in cui "la posta in gioco è altissima"⁴¹⁵.

Se si volesse compendiare tale universo etico-politico colpito dalle affermazioni negazioniste in un bene giuridico tutelabile penalmente, il primo a venire in rilievo è proprio quell'ordine pubblico ideale, inteso come complesso dei principi fondamentali ritenuti indispensabili dall'ordinamento per la sua sopravvivenza⁴¹⁶. In tal senso si ritiene che la negazione delle

⁴¹² La Corte costituzionale in tutte le pronunce in materia di reati di opinione ha costantemente ribadito che la condotta che si concreti in una manifestazione di pensiero è legittima solo quando sia in concreto offensiva del bene tutelato. Per l'approfondimento di quest'aspetto si rinvia al Cap. I, Parte II, Par. 1.3.

⁴¹³ Escludono che la memoria storica o la verità possa assurgere ad oggetto di tutela PULITANÒ D., *Cura della verità e diritto penale*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M., (a cura di), *Verità del precetto e della sanzione penale*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 63ss; CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo cit.*, pp. 1004 ss.; CASSANO M., *Negazionismo cit.*, p. 278; PUGLISI G., *op. cit.*, p. 22; DONINI M., *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'“offense” di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n.4, 2008, p. 1558.

⁴¹⁴ FRONZA E., *Negazionismo (dir. pen.) cit.*, p. 653 secondo cui "le nozioni richiamate non sarebbero idonee a selezionare comportamenti effettivamente offensivi".

⁴¹⁵ Cfr. PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio cit.*, p. 326.

⁴¹⁶ Cfr. FIORE C., *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1092, lo definisce come "complesso di valori e principi contro i quali non può dirigersi neanche la parola". Per altre nozioni v. PALADIN

atrocità commesse durante la seconda guerra mondiale porterebbe a disconoscere lo stesso momento costitutivo della democrazia e ad alimentare condotte antidemocratiche, in grado di sovvertire quel patto-etico su cui sono sorti gli attuali ordinamenti⁴¹⁷. La difesa di tale patto giustifica non solo la criminalizzazione di comportamenti che violino direttamente i diritti umani, ma anche la repressione di quei comportamenti che mettono in discussione il valore fondativo che i diritti umani rappresentano⁴¹⁸.

Relativamente ad un bene di tale genere, la dottrina ha dubitato della stessa ricostruzione in termini di oggettività giuridica. È stato sottolineato come in questi casi non si potrebbe parlare di un bene giuridico concretamente offendibile. Infatti, il concetto di ordine pubblico ideale è inafferrabile, poiché si caratterizza per un'ambiguità di significati, essendo fortemente condizionato sul piano storico e politico⁴¹⁹. Così inteso sarebbe incapace di svolgere la funzione propria del bene giuridico, consistente nel selezionare cosa punire⁴²⁰.

Del resto, una tale configurazione potrebbe accertarsi soltanto laddove si accolga la concezione metodologica del bene giuridico, che, com'è noto, ritiene il bene giuridico una formula riassuntiva per esprimere lo scopo della norma penale⁴²¹.

Come si vede, l'ordine pubblico ricostruito in termini ideali potrebbe venire in rilievo solo quale *ratio* del sistema penale, altrimenti finirebbe per assumere una dimensione di stampo autoritario servente alla repressione di ogni opinione dissenziente rispetto all'ordine costituito⁴²².

L., *Ordine pubblico*, in *Nss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, pp. 130 ss.; RICCIO G., *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, diretto da G. VASSALLI, Milano, 1986, p. 729.

⁴¹⁷ CAPUTO M., *La menzogna di Auschwitz cit.*, p. 32. INSOLERA G., *Tempo, memoria e diritto penale. Quale memoria per quale diritto penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 19 marzo 2018, p. 7, il quale scrive “se la punizione del negazionismo ha una giustificazione essa va ricercata [...] nella prospettiva della tutela delle istituzioni democratiche dal pericolo di aggressioni violente”.

⁴¹⁸ In questi termini SCHETTINO M.H., *La nuova aggravante di negazionismo cit.*, p. 1136.

⁴¹⁹ ZERBOGLIO A., *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in AA. VV., *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale*, II, Milano, 1933, p. 93, per il quale non si sa definire l'ordine pubblico perché questo non esiste; si tratta di una creazione del legislatore.

⁴²⁰ Per un approfondimento delle problematiche legate alla concezione ideale dell'ordine pubblico si rinvia a MOCCIA S., *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, pp. 3 ss.

⁴²¹ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale cit.*, p. 5.

⁴²² CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo cit.*, p. 1002, il quale afferma “alla pubblicizzazione e all'idealizzazione artificiale del bene giuridico corrisponde la punibilità del mero dissenso politico rispetto all'ordine costituito che si tende a sacralizzare”.

Proprio l'esigenza di recuperare il collegamento tra il bene giuridico e il piano dell'offensività ha portato la dottrina a privilegiare l'accezione materiale dell'ordine pubblico, che in riferimento alla fattispecie in questione è stato declinato come pericolo concreto di realizzazione di fatti violenti di stampo antisemita⁴²³. Del resto, come esposto dalla giurisprudenza di legittimità, l'incitamento alla violenza è l'unica forma di manifestazione del pensiero che può porre in pericolo l'ordine costituito ed essere legittimamente vietata dall'ordinamento⁴²⁴.

Tuttavia, l'assunzione dell'ordine pubblico materiale quale substrato giuridico della condotta di negazionismo, al di là delle difficoltà legate all'inafferrabilità di un bene superindividuale, finirebbe per trasformare la fattispecie in reato di pericolo presunto.

Considerando in tali termini il contenuto dell'offesa, la punibilità del discorso negazionista verrebbe subordinata alla probabilità che “dalle parole si passi ai fatti”⁴²⁵, e quindi dalla sua idoneità di influenzare gli altrui processi psichici verso la commissione di fatti oggetto di negazione. Pur essendo plausibile una correlazione tra i discorsi d'odio e i crimini che l'odio ispira⁴²⁶- basti pensare che la negazione di un genocidio è stata considerata essa stessa una manifestazione di genocidio, in quanto forma di perpetrazione dell'intento di distruzione di un gruppo⁴²⁷- manca una legge statistica che permetta di stabilire questo collegamento, con la conseguenza che l'idoneità offensiva della condotta finirebbe per essere presunta⁴²⁸.

In questa prospettiva, sembrerebbe più plausibile ricostruire l'oggettività giuridica della fattispecie in termini di dignità⁴²⁹. Constatato che il *dicere* negazionista si connota quale

⁴²³ BALBI G., *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, in *disCrimen* (ed. web), 11 febbraio 2019, p. 28; FORTI G., *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pluviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2016, p. 1052

⁴²⁴ Corte Cost., 2 maggio 1985, n. 126

⁴²⁵ CAPUTO M., *La menzogna di Auschwitz cit.*, p. 33

⁴²⁶ Cfr. BALBI G., *op. cit.*, p. 29.

⁴²⁷ STANTON G. H., *The 8 states of genocide*, in <http://www.genocidewatch.org/aboutgenocide/8statesofgenocide.html>, sostiene che “Denial is the eighth stage that always follows a genocide. It is among the surest indicators of further genocidal massacres”.

⁴²⁸ BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo cit.*, p. 988, rileva come il collegamento del reato di negazionismo all'ordine pubblico, cioè ad una concreta idoneità istigatoria alla commissione di delitti, ne renderebbe remota la punibilità, viste le difficoltà probatorie che la condotta incontrerebbe, soprattutto in ragione dell'abilità del discorso negazionista a mascherare la sua capacità offensiva.

⁴²⁹ In questo senso CAPUTO M., *La menzogna di Auschwitz cit.*, pp. 35 ss.; FORTI G., *Le tinte forti del dissenso cit.*, pp. 1053 ss.; BIFULCO D., *Negare l'evidenza cit.*, pp. 89 ss.; VENAFRO E., *Il nuovo reato di negazionismo*

particolare forma di discriminazione, esso più che porre in discussione la pace o sicurezza collettiva, va a ledere la dignità di chi ha sofferto l'evento negato. Affermazioni di tal fatta si caratterizzano, infatti, in termini di un insulto, di un oltraggio alla dignità di quelle persone che sono state segnate dai crimini negati nella loro esistenza⁴³⁰.

Senza dubbio, l'appello alla dignità umana quale fondamento assiologico del reato potrebbe condurre a facili strumentalizzazioni. Infatti, la dignità concepita *sic et simpliciter* integrerebbe gli estremi di una tautologia che non necessita di essere spiegata, cui ricorrere per giustificare ogni incriminazione priva di un substrato offensivo maggiormente concreto e specifico⁴³¹. Per superare questo diallelo è necessario individuare un nucleo di significato indipendente dal mutare dei tempi e dalla visione del mondo accolta. Cioè occorre chiamare in causa i diritti figli – tra cui sono annoverati l'uguaglianza e la reputazione- della dignità madre.

Premesso ciò, la dignità lesa dalle affermazioni negazioniste non deve essere concepita alla stregua di un *trump card*⁴³², ma nel senso di rispetto-riconoscimento dell'altro, delle sue esperienze e dei suoi valori. Com'è stato autorevolmente sostenuto⁴³³, l'esternazione negazionista priva l'altro del rispetto cui ha diritto ogni persona umana in quanto tale.

Orbene, attraverso tali ideologie viene negato il valore di fondo della persona, non solo come singolo, ma anche in qualità di appartenere ad una comunità. Ciò che rileva è che la *deminutio* della dignità assume una duplice dimensione lesiva: individuale e collettiva. L'offesa alla dignità della persona fisica si concreta anche in un'aggressione alla dignità del gruppo cui la

cit., pp. 11ss.; PUGLISI G., *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2018, pp. 1325 ss.; BRAGA G., *La libertà di manifestazione del pensiero cit.*, pp. 101 ss.; FLICK G. M., *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, pp. 13 ss.

⁴³⁰ CAPUTO M., *op. cit.*, p. 35.

⁴³¹ Queste le posizioni dubitative della dottrina in relazione alla qualificazione della dignità umana come bene giuridico. Per un approfondimento si rimanda al Cap. I, Sez. I., Par. 3.2.

⁴³² L'espressione può essere tradotta in italiano con il significato di carta vincente.

⁴³³ DE FRANCESCO G.A., *Una sfida da raccogliere: la codificazione della fattispecie a tutela della persona*, in PICOTTI L., (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2013, p.13.

stessa appartiene, dal momento che la lesione del singolo è stata realizzata per offendere il soggetto in quanto appartenente ad una comunità⁴³⁴.

Quest'accezione consente di spostare la tutela penale ad una dimensione personalistica, e tiene in considerazione la scelta compiuta dal legislatore di inserire la fattispecie tra i delitti contro la persona. Tuttavia, ancorare la fattispecie solo alla lesione della dignità umana non pare corretto: il disvalore della norma continua a gravitare sui concetti di propaganda, istigazione e incitamento; concetti che rappresentano il carattere distintivo del titolo V del codice penale. Spostando l'indagine sul profilo processuale, la rilevanza dell'ordine pubblico quale bene giuridico tutelato dalla norma, sarebbe riprovato anche dalla procedibilità d'ufficio. Quest'aspetto è particolarmente significativo, giacchè è ulteriore indice del particolare disvalore di tale fattispecie e conferma la volontà del legislatore di tutelare anche un *quid* di natura pubblicistica.

A questo punto, non può che riconoscersi il carattere plurioffensivo della norma che lede in via diretta ed immediata la dignità di quanti hanno vissuto le tragedie negate, e in via secondaria la pace e sicurezza pubblica.

3. L' elemento oggettivo: la condotta

Per ciò che attiene il profilo della tipicità oggettiva del reato, l'art. 604-bis terzo comma c.p. richiama senza alcuna specificazione tre condotte: la propaganda, l'istigazione e l'incitamento, e precisa che esse “devono fondarsi in tutto o in parte” sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini indicati nello Statuto di Roma.

La norma così come formulata peccando di determinatezza, non consente di individuare con precisione la condotta tipica. Essa, infatti, si limita a richiamare i modelli di condotta – propaganda, istigazione ed incitamento – senza descriverli autonomamente.

Seppur, la disposizione non rimanda *per relationem* al primo comma, essa prende come referente tali condotte. Conseguenza di questa strutturazione è che la condotta del negare, minimizzare in modo grave o fare apologia deve costituire il fondamento della propaganda, dell'istigazione e dell'incitamento alla discriminazione o all'odio razziale. In altri termini, il

⁴³⁴ In tal senso VENAFRO E., *op. cit.*, pp. 12 ss.; FLICK G. M., *Elogio della dignità cit.*, pp. 13 ss., che nella discussione sulla repressione del negazionismo rileva come “l'offesa alla identità e alla dignità del gruppo cui la persona appartiene è in realtà un'offesa anche alla identità e alla dignità personale della persona stessa”.

negazionismo punibile è solo quello che si inserisce in una manifestazione di pensiero che presenta i caratteri tipici del c.d. *hate speech*⁴³⁵.

Sotto questo punto di vista i requisiti richiesti dalla decisione quadro 2008/913/GAI di reprimere il negazionismo in quanto “qualificato” dall’istigazione sembrano rispettati, ed in un certo senso capovolti: il nostro ordinamento non punisce il negazionismo in quanto atto ad istigare, bensì l’istigazione, la propaganda e l’incitamento in quanto “qualificate” dal negazionismo⁴³⁶.

Quanto al concetto di propaganda, valgono le considerazioni svolte nel paragrafo precedente⁴³⁷: e cioè la propaganda deve risolversi nella diffusione di idee volte ad influenzare o condizionare la psicologia dei destinatari, in modo da raccogliere consensi attorno all’idea divulgata. Come precisato in giurisprudenza “la propaganda altro non è che una diffusione di idee tendente a incitare al mutamento delle idee e dei comportamenti dei destinatari”⁴³⁸.

La seconda forma di condotta incriminata ruota intorno al concetto di istigazione. L’istigazione è penalmente rilevante solo in quanto idonea, sulla base di un giudizio *ex ante* ed in concreto, alla commissione di atti ritenuti riprovevoli dall’ordinamento, che nel caso di specie sono gli atti di discriminazione e di violenza per motivi razziali.

Più difficile delineare la condotta di incitamento, atteso che, la dottrina e la giurisprudenza ritengono l’istigazione e l’incitamento termini equivalenti⁴³⁹. Tuttavia, tra le due nozioni è possibile ravvisare una seppur sottile differenza: mentre l’istigazione consiste in un contegno che in concreto possa venire recepito; l’incitamento si concretizza in un’esortazione orale che

⁴³⁵ In questo senso LEOTTA C. D., *In gazzetta ufficiale la legge che dà rilevanza penale al negazionismo*, in *Quotidiano giuridico* (ed. web), 29 giugno 2016.

⁴³⁶ Cfr. DANIELE L., *Negazionismo e libertà di espressione cit.*, p. 96.

⁴³⁷ V. *supra* par. 1.3 cap. 3.

⁴³⁸ Cass. Sez. III, n. 37581 del 7.05.2008, Mereu, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3023.

⁴³⁹ Così PADOVANI T., *Un intervento normativo sordinato cit.*, p. 28; PAGLIARURO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Archivio penale*, n. 3/2014, p. 10, il quale sottolinea che “istigare significa incitare al compimento di atti discriminatori”. In giurisprudenza Cass. pen., Sez. V, 24 gennaio 2001, n. 31655 secondo cui “l’incitamento ha contenuto fattivo di istigazione”; Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2008 n. 37581, secondo cui “l’istigazione altro non è che l’incitamento a commettere atti riprovevoli, sicché anche l’incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, adoperato dal legislatore del 1993, equivaleva alla istigazione”.

prescinde dalla concreta possibilità di essere effettivamente recepita⁴⁴⁰. In altri termini, l'incitamento ha un contenuto concettuale più ampio di quello proprio dell'istigazione.

Il *deficit* di determinatezza non dipende solo dalla difficoltà di delineare con precisione le summenzionate condotte. Essa è anche dovuta al fatto che la norma utilizzi come parametri descrittivi del fatto tipico nozioni - quali la negazione, minimizzazione in modo grave e l'apologia - non solo prive di una puntuale descrizione dal punto di vista normativo, ma anche ambigue sul piano della tipicità.⁴⁴¹ Né a tal fine, appare di ausilio la formula "si fondino in tutto o in parte", che anzi estende l'area del penalmente rilevante.

Atteso che i concetti di negazione, minimizzazione ed apologia costituiscono il substrato della condotta stessa, occorre chiarirne il significato.

Con il termine negazione si indica la contestazione, il rifiuto dell'esistenza di un determinato avvenimento. Si noti che affinché sia integrata la negazione non è sufficiente prospettare un dubbio: occorre mettere in discussione un evento e asserire che questo non sia mai esistito. Maggiormente ambigua è la nozione di minimizzazione: minimizzare significa relativizzare o svalutare un accadimento con l'obiettivo di ridurne al minimo l'importanza e la gravità. Così definita, si comprende come nel suo ambito operativo potrebbero venire incluse una molteplicità di affermazioni: non solo quelle che riducono il numero delle vittime o che qualificano i crimini commessi come poco atroci, ma anche opinioni che si limitano a confrontare due eventi storici. A ridurre l'incertezza semantica del termine contribuisce il requisito della gravità, che potrà essere riferito sia alla forma della minimizzazione che all'oggetto della stessa.

Anche sulla nozione di apologia sorge qualche interrogativo. Ci si chiede se l'apologia debba essere interpretata alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 65 del 1970, ovvero come una forma di istigazione indiretta, oppure se essa debba essere concepita quale mera esaltazione di un delitto o del suo autore. La seconda soluzione pare preferibile soprattutto in ragione del necessario innesto della condotta apologetica su quelle di propaganda, istigazione

⁴⁴⁰ PAVICH G., BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Dir. pen. cont.* (ed.web), del 13.10.2014, p. 31; VISIONE G., *L'aggravante di negazionismo cit.*, p. 1023.

⁴⁴¹ La carenza di determinatezza è stata rilevata durante i lavori parlamentari dal senatore Buemi, che ha in più occasioni ribadito come "quella che si intende sanzionare è una fattispecie caratterizzata da scarsa tassatività, essendo difficile cosa si possa intendere per negazione o minimizzazione", in *Fascicolo Iter DDL S.54*, p. 50.

ed incitamento⁴⁴². Infatti, sarebbe alquanto complesso ipotizzare un'istigazione che si fondi su un'istigazione indiretta.

A tali differenziazioni definitorie non sembra corrispondere un'effettiva diversità dal punto di vista pratico. E ciò in ragione del fatto che spesso le varie forme in cui si articola il discorso negazionista tendono a sovrapporsi, per cui un'affermazione può costituire contemporaneamente minimizzazione, menzogna e approvazione del crimine commesso⁴⁴³. Ciò dimostra come, nonostante la varietà semantica, le condotte elencate in realtà possano finire per costituire un'endiadi.

3.1 Il concreto pericolo di diffusione

Nel tentativo di limitare eccessive interferenze con la libertà di espressione, il legislatore italiano ha introdotto un elemento di ulteriore tipizzazione della fattispecie, avente l'obiettivo di circoscrivere l'estensione del reato. Affinché l'esternazione negazionista sia punibile, la norma richiede che le condotte di propaganda, istigazione o incitamento siano commesse “in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione”.

La formula è stata introdotta a seguito dell'emendamento 1.401 proposto in Senato dal senatore D'Ascola, in quanto considerata “ben più evoluta e costituzionalmente orientata”⁴⁴⁴ rispetto al requisito di pubblicità della condotta, che è stato espunto dalla formulazione definitiva⁴⁴⁵.

Il requisito del concreto pericolo di diffusione sarebbe maggiormente garantista, in quanto fotografa ciò che dal “pubblicamente” dovrebbe derivare, cioè un pericolo concreto di diffusione⁴⁴⁶.

⁴⁴²CAROLI P., *Aggravante di negazionismo cit.*, p. 608.

⁴⁴³ In questo senso FRONZA E., *Il negazionismo come reato cit.*, p. 36; Analogamente CAROLI P., *ult. op. cit.*, p. 608 il quale sottolinea come “le distinzioni paiono spesso rispondere più a categorie concettuali che a fenomeni distinti”.

⁴⁴⁴ Così si esprime il Senatore D'Ascola, in Fascicolo Iter DDL S.54-B, pp. 163 ss., “l'espressione trova anche conforto nella giurisprudenza di legittimità e nella giurisprudenza costituzionale che riconoscono il delitto di opinione compatibile con il nostro assetto costituzionale se effettivamente determina un concreto pericolo che qualcosa ne possa derivare”.

⁴⁴⁵ L'aggettivo pubblico era stato proposto dalla II Commissione permanente per delimitare l'area del penalmente rilevante; Cfr. nota n. 372.

⁴⁴⁶ Cfr. Senatore D'Ascola cit., p. 164.

L'utilizzo di tale formula, in *primis*, eliminerebbe il rischio di presunzione di pericolosità insita nell'aggettivo pubblico: il fatto che l'esternazione negazionista avvenga in pubblico determina solo un rischio di diffusione della stessa; inoltre, tale espressione consentirebbe di estendere la punibilità a condotte ulteriori che seppur non commesse in pubblico sono dotate di una capacità diffusiva tale da giustificare l'uso della sanzione penale. Si pensi alla condotta di chi, dalla propria stanza, scriva su un sito internet diffondendo proclami negazionisti che incitano all'odio o alla violenza. Al contrario l'avverbio pubblicamente sarebbe anacronistico, in quanto incapace di ricomprendere tutte quelle situazioni proprie della modernità che sfuggono alla distinzione tra pubblico e privato⁴⁴⁷.

La concezione esposta può considerarsi vera solo in parte.

Innanzitutto, il requisito di pubblicità della condotta pone un limite legale alla discrezionalità del giudice dato che l'art. 266 comma 2° c.p. stabilisce quando un reato si considera commesso in pubblico. La norma prevede che il fatto si considera avvenuto in pubblico se commesso: 1) “col mezzo della stampa o con altro mezzo di propaganda”; 2) “in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone”; 3) “in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo ad oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata”. La disposizione *de qua*, seppur criticata dalla dottrina perché ampia e indeterminata, riporta l'accertamento del giudice entro un limite preciso.

Lo stesso non può dirsi per l'elemento del concreto pericolo di diffusione che aumenta il margine di discrezionalità del giudice, il quale non incontra alcun limite negativo al suo accertamento.

In secondo luogo, si può rilevare che anche quelle situazioni della modernità, alle quali si è fatto riferimento durante i lavori parlamentari per giustificare l'inserimento dell'inciso “in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione”, sarebbero rientrate a pieno diritto nel requisito di pubblicità. Infatti, l'utilizzo di Internet, quale modalità di realizzazione della condotta potrebbe essere ricompreso nella categoria “dei mezzi di propaganda”, essendo quest'ultima interpretata come qualsiasi forma di comunicazione idonea ad una generalizzata diffusione della manifestazione del pensiero⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ In questi termini si esprime il Senatore D'Ascola, in Fascicolo Iter DDL S.54-B, p. 164.

⁴⁴⁸ In merito alla nozione di mezzo di propaganda v. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale cit.*, p. 92; VIOLANTE L., *Istigazione cit.*, p. 1028.

In più si aggiunga che la locuzione “in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione” risulta poco chiara e non consente un’interpretazione univoca⁴⁴⁹, in quanto il pericolo di diffusione, per com’è strutturata la norma, può concepirsi come una modalità di esternazione della condotta oppure come un evento in senso giuridico.

Se il pericolo di diffusione è inteso quale modalità della condotta significa che tale elemento, al pari dell’avverbio pubblicamente, indica il modo in cui la condotta debba realizzarsi per essere punibile. Conseguenza di questa interpretazione è che si sarebbe in presenza di un reato di pericolo astratto o di pura condotta, con tutti i dubbi di costituzionalità che tale tecnica legislativa solleva in materia di reati di opinione⁴⁵⁰.

Tenendo conto delle sentenze della Consulta - che riconosce il delitto di opinione compatibile con l’assetto costituzionale nei limiti del pericolo concreto - sarebbe maggiormente conforme a Costituzione qualificare il “pericolo concreto di diffusione” in termini di evento. Del resto in tal senso sembrerebbe deporre l’inciso “in modo che ne derivi”. Si tratta di un’espressione che nel linguaggio normativo è utilizzata per indicare il veicolo di causalità esistente tra la condotta e il risultato ad essa conseguente⁴⁵¹. Quanto detto appare evidente se si prende in considerazione il reato di incesto di cui all’art. 564 c.p. che punisce “chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto”. In questa disposizione il legislatore ha fatto uso della locuzione “in modo che ne derivi” per indicare l’evento del pubblico scandalo che deve realizzarsi affinché la condotta incestuosa sia punibile⁴⁵².

Allo stesso modo, il concreto pericolo di diffusione di cui al terzo comma dell’art. 604-bis, potrebbe concepirsi come un evento del reato. E ciò soprattutto in conformità all’enunciato legislativo, il quale con la formula “in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione”, richiede un nesso eziologico tra la condotta di propaganda, istigazione ed incitamento e il concreto pericolo di diffusione. Il che implica conseguentemente che quest’ultimo assurga ad evento normativo. Infatti, sul presupposto che la *ratio* dell’incriminazione è la tutela della

⁴⁴⁹ SCOTTO A. S., *Osservazioni critiche cit.*, p. 295; DANIELE L., *Negazionismo e libertà di espressione cit.*, p. 98; MACCHIA A., *Spunti in tema di negazionismo cit.*, p.12.

⁴⁵⁰ Sul punto v. supra Cap. I, Parte II, Par. 3.2.

⁴⁵¹ Secondo ANGIONI F., *Il pericolo concreto cit.*, p. 200, quando “la legge usa espressioni del tipo cagionare, derivare e similia”, il pericolo deve essere inteso come effetto della condotta. In questi casi “il pericolo è attribuito o contenuto dell’evento”.

⁴⁵² DOLCE R., voce *Incesto*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, 1970; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, II, t.1, *I delitti contro la persona*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 341.

dignità umana, com'anzi esposto, intesa come rispetto-riconoscimento dell'altro, il disvalore del fatto si racchiude nel pericolo di diffusione.

Precisamente, si tratterebbe di un evento intermedio, in quanto il pericolo concreto è legato alla diffusione dell'opinione negazionista e non all'offesa del bene tutelato⁴⁵³. Né discende che l'area della punibilità risulta ulteriormente ampliata. La condotta diventa penalmente rilevante al verificarsi di un evento intermedio rappresentato dal pericolo di diffusione, il quale a sua volta costituisce un pericolo per il bene protetto rappresentato dalla dignità umana.

Si tratterebbe, in sostanza di un reato di pericolo concreto e indiretto⁴⁵⁴. Per cui, il giudice, tenendo conto dei mezzi utilizzati, del contesto e delle parole usate, dovrà accertare l'idoneità di diffusione della condotta sulla base di un giudizio di tipo probabilistico, ovvero stabilire che probabilità/possibilità ci sono che dalla condotta di propaganda, istigazione, incitamento fondate in tutto o in parte sulla negazione derivi la diffusione dell'ideologia espressa. Quindi, in sede di accertamento dovrà essere verificata l'effettiva realizzazione di un pericolo di diffusione⁴⁵⁵. Detto altrimenti, il pericolo di diffusione è una conseguenza che deve derivare dalla condotta e non una mera possibilità, intesa come capacità della condotta di provocare possibilmente il pericolo di diffusione⁴⁵⁶. In proposito si nota che se il legislatore avesse ritenuto sufficiente la possibilità della diffusione avrebbe utilizzato una formula diversa del tipo "in modo che ne possa derivare" e non quella attualmente impiegata che non può dubitarsi esigere l'effettività del

⁴⁵³ CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo cit.*, p. 1015; SCOTTO A. S., *Osservazioni critiche cit.*, p. 297, il quale evidenzia come in questo modo si finisce per punire il "pericolo del pericolo dell'offesa al bene protetto".

⁴⁵⁴ Si è in presenza di un pericolo concreto e indiretto. Concreto in quanto la fattispecie espressamente richiede che si verifichi un pericolo di diffusione; indiretto perché si riferisce ad un evento intermedio che a sua volta determina una situazione di pericolo per il bene protetto. Sul concetto di pericolo indiretto v. ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale cit.*, p. 11 ss.

⁴⁵⁵ FRONZA E., *Prime osservazioni critiche cit.*, p. 69; MANNA A., *op. cit.*, p. 79.

⁴⁵⁶ Questa impostazione è accolta da FRONZA E., *Prime osservazioni critiche cit.*, p. 69; MANNA A., *Corso di diritto penale cit.*, p. 77; DE FLAMMINEIS S., *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, in *Dir. pen. cont.* (ed. web), 17 ottobre 2016, p. 5. Di avviso contrario è SCOTTO A.S., *Osservazioni critiche cit.*, pp. 300 ss., il quale ritiene che l'espressione "in modo che ne derivi" più che introdurre un evento, sembri alludere ad una caratteristica modale della condotta. Al pari quindi dell'avverbio "pubblicamente", la locuzione utilizzata indica il modo in cui la condotta debba realizzarsi per essere punibile. Conseguenza di questa interpretazione è che si sarebbe in presenza di un reato di pericolo astratto, con tutti i dubbi di costituzionalità che tale tecnica legislativa solleva in materia di reati di opinione.

pericolo di diffusione. Infatti, focalizzando l'attenzione sull'oggetto di tale pericolo, vale a dire la diffusione – che rappresenta un bene strumentale all'oggettività tutelata - ci si accorge che il rapporto con la condotta diventa probabilistico, ma non possibilistico⁴⁵⁷.

Tuttavia, da un punto di vista pratico l'introduzione di tale requisito appare una mera clausola di stile, più che un limite alla punibilità. Ciò è evidente soprattutto con riferimento alla propaganda: poiché propagandare un'idea significa sostanzialmente diffonderla, l'accertamento del concreto pericolo di diffusione sarebbe superfluo, in quanto tale pericolo è imminente nella propaganda stessa. In altri termini, la propaganda reca in sé il pericolo di diffusione, e pertanto è chiaro che nel momento in cui si pone in essere la condotta sarà automaticamente realizzato anche il pericolo concreto⁴⁵⁸. Di conseguenza, nonostante il pericolo sia un elemento espresso di fattispecie, il giudice sarà tenuto a compiere un accertamento proprio dei reati di pericolo astratto. Nello specifico, poiché il pericolo di diffusione è secondo l'*id quod plerumque accidit* riconducibile alla condotta dell'agente, il giudice è dispensato dall'indagine sulla sua probabilità di verifica, non dovendo far altro che accertare la realizzazione della condotta.

Poiché il pericolo si configurerebbe *in re ipsa*, non è consentito all'agente provare l'inidoneità della condotta a provocare un pericolo concreto di diffusione, cioè fornire la prova in contrario, sicché l'azione verrebbe sottoposta a sanzione anche se non ha cagionato quel pericolo⁴⁵⁹. Quest'assunto solleva tutti i dubbi di compatibilità con i principi di un diritto penale liberale, primo tra tutti quello di personalità della responsabilità penale. Per riprendere le parole di un'illustre penalista, la tecnica del pericolo astratto rappresenta un accorgimento utilizzato dal legislatore per nascondere il “vuoto probatorio” della verifica del pericolo⁴⁶⁰.

Quindi, in relazione alla condotta di propaganda si sarebbe in presenza di un reato di pericolo astratto/presunto, poiché per il perfezionamento del reato è sufficiente che l'agente abbia posto in essere l'azione, non rilevando che questa abbia prodotto un pericolo di diffusione. Invece, relativamente alle condotte di istigazione ed incitamento al giudice spetterebbe di verificare se l'azione abbia effettivamente cagionato un pericolo di diffusione.

⁴⁵⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale cit.*, p. 203, “Può parlarsi di pericolo quando, secondo un giudizio ex ante e secondo la migliore scienza ed esperienza, appare probabile che dalla condotta consegue l'evento lesivo”.

⁴⁵⁸ SCOTTO A.S., *Osservazioni critiche cit.*, p. 298; FRONZA E., *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo cit.*, p. 163, che definisce “pleonastica” la scelta del legislatore di accostare la propaganda al pericolo di diffusione.

⁴⁵⁹ GALLO M., *I reati di pericolo cit.*, p. 6.

⁴⁶⁰ D'ALESSANDRO F., *Pericolo astratto e limiti soglia cit.*, p. 172.

Un ulteriore aspetto degno di nota è rappresentato dalla circostanza che la previsione della propaganda tra le condotte punibili non escluderebbe la rilevanza penale del negazionismo puro, in quanto la fattispecie pecca di elementi che consentano di selezionare solo quelle affermazioni effettivamente qualificate da una condizione di pericolosità. Ciò in virtù del fatto che “il concreto pericolo di diffusione” richiesto dalla norma quale clausola di offensività è insito nella condotta stessa.

Quest’ampiezza del precetto penale solleva il dubbio che nel nostro ordinamento il discorso negazionista sarebbe punibile non solo nella forma qualificata, ma anche secondo il modello c.d. puro. L’illiceità penale della condotta di propaganda prescindendo sia dall’intenzione di incitare all’odio e alla discriminazione – essendo un reato a dolo generico⁴⁶¹ – che, da ulteriori condizioni di pericolo non sembra escludere la punibilità dell’esternazione negazionista in quanto tale. La criminalizzazione, in questa ipotesi, si baserebbe esclusivamente sul contenuto dell’espressione vietata, con un evidente contrasto con la libertà di espressione.

Le contraddizioni non terminano in quanto esposto. Com’è stato osservato, nella società odierna, tecnologicamente avanzata e globalizzata, “i pericoli di diffusione di una manifestazione del pensiero risultano pressoché comuni, attuali e immediati”⁴⁶², con la conseguenza che la sussistenza del reato, più che dipendere dal pericolo di diffusione del pensiero, sarà incentrata sulla realizzazione della condotta.

3.2 L’elemento materiale: la Shoah ed i crimini internazionali

Originariamente la repressione del negazionismo era incentrata sulla protezione della sola Shoah, e ciò per il particolare significato che tale evento riveste per gli Stati europei. Da allora, il reato ha progressivamente ampliato i suoi confini riferendosi anche alla violazione della memoria di tutti i *core international crimes*. Infatti, se l’Olocausto rappresenta il *topos*

⁴⁶¹ Cass. pen., n.37581 del 2008; Cass. pen., n.38877 del 2015 “la condotta consiste nel propagandare idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico configura un’ipotesi di reato a dolo generico [...]”. A giudizio della corte, nel caso della propaganda “il motivo ispirato è incluso nelle idee propagandate”.

⁴⁶² L’espressione è di DE FLAMMINIES S., *Riflessioni cit.*, p. 6. Parimenti DELLA MORTE G., *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell’ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in www.sidiblog.org, 22 giugno 2016, “come sia possibile, con le attuali tecnologie che il pericolo di diffusione non si concretizzi, non è dato sapere”.

fondativo⁴⁶³ del reato di negazionismo – la cui repressione è stata avvertita come un’esigenza dagli stati maggiormente coinvolti nella tragedia, al fine di fronteggiare l’ideologia razzista ed antisemita – dalla sua protezione si è passati a quella dei genocidi, dei crimini contro l’umanità, fino a ricomprendere tutti i crimini internazionali.

Tale tendenza ad espandere i confini della fattispecie rispetto ai crimini oggetto della negazione è stata recepita anche dal legislatore italiano, che ha adottato il modello del c.d. “negazionismo allargato”. L’oggetto delle negazioni punibili non è limitato solo all’Olocausto, ma ricomprende anche i crimini di genocidio, contro l’umanità e di guerra, così come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale.

Dunque, la disposizione italiana, al pari della decisione quadro, muove dall’incriminazione dell’esperienza storica dell’Europa continentale e finisce con ancorarla al sistema universale dei diritti umani. Infatti, la disposizione da un lato menziona la Shoah, quasi a voler rimarcare il valore fondante che essa ricopre per le democrazie attuali; dall’altro rinvia al piano internazionale, facendo riferimento ad altre macro-violazioni dei diritti umani, che presentano le stesse dinamiche che condussero ai totalitarismi⁴⁶⁴.

Sul punto, si noti che, mentre per l’Olocausto si adotta una nozione di ordine storico, facendo riferimento all’evento della Shoah, per i crimini internazionali si adotta una nozione di tipo giuridico, in quanto si rinvia per la loro definizione agli artt. 6,7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale⁴⁶⁵. La disposizione recepisce solo in parte le indicazioni della decisione quadro. Quest’ultima, facendo riferimento ai crimini di genocidio, contro l’umanità e di guerra come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale e ai crimini elencati nell’art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga, utilizza nella descrizione dei crimini oggetto di negazione esclusivamente elementi normativi⁴⁶⁶.

⁴⁶³ LOBBA P., *L’espansione del reato di negazionismo cit.*, p.15; TERUEL LONZALO G. M., *Il reato di negazionismo cit.*, pp. 20 ss.

⁴⁶⁴ FRONZA E., *Prime osservazioni cit.*, p. 65

⁴⁶⁵ CAROLI P., *op. cit.*, p. 609; FRONZA E., *ult. op. cit.*, p. 66.

⁴⁶⁶ Il mancato rinvio all’art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga comporta che nell’ordinamento italiano non rientra nel novero dei crimini oggetto di negazione il crimine di aggressione, giacché questo è previsto dall’art. 8-bis dello Statuto della Corte penale internazionale. Questo mancato riferimento alla fattispecie di aggressione è stato salutato positivamente dalla dottrina. Sul tema DELLA MORTE G., *L’introduzione del reato di negazionismo cit.*, pp. 1186 ss.

La formulazione della disposizione italiana lascia intendere come già a livello legislativo venga rimarcata la differenza esistente tra la Shoah e gli altri crimini internazionali: la prima rappresenta un evento acclarato ed indiscutibile; i secondi costituiscono un oggetto aperto, in quanto, rinviando solo ad una definizione astratta, necessitano di operazioni ermeneutiche per verificare se un dato evento costituisca *core crimes*⁴⁶⁷.

Del resto, che con questa scelta si è voluta rimarcare l'unicità della Shoah rispetto agli altri eventi genocidari emerge se si considera che pur in assenza di tale richiamo, la negazione dell'Olocausto sarebbe stata comunque punita, in virtù della sua qualificazione come genocidio, rientrando come tale nella definizione di cui all'art. 6 dello Statuto della Corte penale internazionale.

Secondo parte della dottrina, invece, la ragione che giustifica l'indicazione separata e specifica dell'Olocausto è da rinvenire nella circostanza che lo Statuto di Roma non ha valore retroattivo, onde i precetti ivi previsti si applicano solo ad eventi successivi al 1° luglio 2002, data di entrata in vigore dello Statuto⁴⁶⁸. A questa ricostruzione potrebbe obiettarsi che sarebbe inutile guardare la data di entrata in vigore dello Statuto di Roma, visto che tale data assolve solo la funzione di delimitare la giurisdizione della Corte penale internazionale. Piuttosto se si intende restringere il campo dei fatti oggetto di negazione si dovrebbe far leva sulla recente elaborazione giuridica di tali figure. Sarebbe infatti impensabile punire la negazione di crimini commessi prima di una loro elaborazione giuridica e "in periodi in cui era diverso il significato sociale dei valori su cui tali nozioni affondano le radici"⁴⁶⁹.

La tesi per cui il rinvio operato allo Statuto di Roma avrebbe non solo carattere definitorio, ma anche sistematico non pare accoglibile. E ciò sia perché in tal modo sarebbe punibile solo la negazione della Shoah quale evento anteriore al 1° luglio 2002, visto che la negazione degli altri crimini internazionali sarebbe punibile solo se successiva alla data di inizio operatività dello Statuto - di conseguenza, non incorrerebbe in alcuna sanzione chi neghi il genocidio degli Armeni, essendo questo compiuto nel 1915, o ancora chi neghi il massacro di Srebrenica

⁴⁶⁷ PUGLISI G., *A margine cit.*, p. 32, ritiene che con tale scelta il legislatore sia incorso in un paradosso, poiché ha reso "il diniego della Shoah, che è elemento normativo etico- sociale di fattispecie, più rigido, di quanto non lo sia quello oggetto dei crimini internazionali".

⁴⁶⁸ In tal senso cfr. DELLA MORTE G., *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche cit.*; SCHETTINO M.H., *La nuova aggravante cit.*, pp. 1140 ss.; VISONI G., *L'aggravante di negazionismo cit.*, p. 1026; CAJANI L., *La storia nel mirino del diritto penale cit.*, p. 88 ss.

⁴⁶⁹ LOBBA P., *L'espansione del reato di negazionismo cit.*, p. 20.

avvenuto nel 1995, considerato il massacro più grave in Europa dopo la seconda guerra mondiale e qualificato come genocidio dal Tribunale per l'ex Jugoslavia- ma anche perché non appare corretto chiamare in causa il principio di retroattività in riferimento al fatto criminoso negato. La *ratio* dell'irretroattività in materia penale sta nella certezza del diritto e nella prevedibilità della sanzione, per cui il soggetto agente, dopo l'entrata in vigore del reato di negazionismo, deve essere consapevole che negare qualsiasi crimine internazionale, in qualunque tempo commesso costituisce reato. Pertanto, perché venga rispettato il principio di irretroattività in materia penale è sufficiente che il crimine contro l'umanità, il crimine di guerra o il genocidio sia tale al momento in cui viene compiuta la condotta di propaganda o istigazione negazionista.

Per cui sembrerebbe più corretta un'interpretazione che intenda il rinvio operato come richiamo definitorio, valevole cioè solo ad identificare il tipo di crimine la cui negazione viene punita. Tuttavia, anche tale ricostruzione non è priva di controindicazioni in quanto porterebbe ad estendere l'area di applicabilità della norma.

Infatti, se i crimini di genocidio e i crimini contro l'umanità sono categorie recenti – in particolare la categoria dei crimini contro l'umanità ha trovato una prima individuazione nello Statuto del Tribunale di Norimberga⁴⁷⁰, mentre il genocidio come categoria concettuale a sé stante ha avuto un'effettiva definizione con la Convenzione delle Nazioni Unite per la prevenzione e repressione del delitto di genocidio del 1948⁴⁷¹- lo stesso non può dirsi per i crimini di guerra, che sono sicuramente più antichi. Al riguardo basti pensare che le prime convenzioni internazionali, la Convenzione di Ginevra e la Convenzione dell'Aja, sono rispettivamente del 1864 e del 1899⁴⁷².

⁴⁷⁰ Al riguardo si noti che la dottrina è concorde nel ritenere che il processo di Norimberga e l'accordo di Londra del 1948 hanno segnato un passaggio fondamentale nel processo evolutivo dei crimini internazionali, avendo eretto a *core crimes* i crimini contro la pace e quelli contro l'umanità. V., SPERDUTI G., GREPPI E., *Crimini internazionali dell'individuo*, in *Enc. dir., Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 467.

⁴⁷¹ La nozione di genocidio è stata formulata nel 1944 dal giurista polacco Raphael Lemkin. La convenzione del 1948 rappresenta il momento di codificazione di tale nozione.

⁴⁷² Portando alle estreme conseguenze la tesi secondo cui il rinvio allo Statuto di Roma ha solo carattere oggettivo, cioè definitorio si finirebbe per estendere eccessivamente il campo di applicazione della norma, potendovi rientrare tutti gli eccidi dell'intera storia umana. AGNOLI F.M., *Libertà di opinione e decisione quadro. La libertà della storia e la verità di Stato*, in <https://wp.me/p1j06Z-Ay>.

Ulteriore profilo problematico è che la protezione dei crimini interazionali comporta un'estensione cronologica, non solo verso il passato, ma anche nei confronti di eventi presenti ed attuali, cioè di eventi ancora oggetto di discussione storica⁴⁷³.

È infatti, proprio con riferimento alla negazione di tali crimini che si avverte più forte il contrasto con la libertà di espressione, ed è maggiore quella commistione tra il giudice e lo storico, che rappresenta uno dei punti dolenti della repressione del negazionismo. In questi casi, la non contestabilità non riguarda solo l'evento storico in sé, ma si estende anche alla sua qualificazione giuridica. Pur non mettendo in discussione l'esistenza di un fatto storico, si discute sulla sua definizione in termini di genocidio, piuttosto che come crimine di altro tipo. Così si restringe grandemente il campo della libertà di ricerca storica, in quanto è proprio dello storico fornire diverse interpretazioni di un evento. Senza considerare che le definizioni - si pensi al genocidio⁴⁷⁴ - non sono coincidenti nelle due discipline⁴⁷⁵.

Pur essendo di fondamentale importanza distinguere fra la negazione di un fatto e la negazione della qualificazione ad esso data, anche perché altrimenti si finirebbe per sanzionare pure il revisionismo storico, la norma non sembra tenerne conto. Un esempio potrebbe chiarire quanto esposto: a tutt'oggi si discute che il terrorismo rientri nell'alveo dei crimini internazionali di cui allo Statuto di Roma, *quid iuris* se si nega la sua qualificazione come crimine contro l'umanità? I rischi che il negazionismo "allargato" produce sono evidenti, per cui per evitare "storture" sarebbe auspicabile un'interpretazione restrittiva della norma: oggetto dell'esternazione punibile dovrebbe essere solo la negazione di fatti storici. Sicché, questioni di qualificazioni dovrebbero essere lasciate alla libera discussione storica⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Sottolineano quest'aspetto FRONZE E., *Prime osservazioni critiche cit.*, p. 65; CAROLI P., *Aggravante di negazionismo cit.*, p. 609.

⁴⁷⁴ La nozione di genocidio è fortemente discussa sia nell'ambito della comunità degli storici che dai giuristi. L'incertezza concettuale sarebbe dovuta alla mancanza "sia di una soddisfacente definizione concettuale che di un consenso sulle sue caratteristiche interne". HUTTENBACH H.R., *Towards a conceptual definition of Genocide*, in *Journal of Genocide Research*, 4, 2002, pp. 167 ss.

⁴⁷⁵ V. CAJANI L., *Diritto penale e libertà dello storico*, p. 371 ss., il quale parla di "scivolamento logico" e sostiene che risulta fallace l'analogia tra la negazione dell'Olocausto e quella dei crimini internazionali: mentre la prima non interferisce con la libertà di ricerca storica, la seconda restringe il *range* dei risultati a cui la storiografia può giungere.

⁴⁷⁶ Propone quest'interpretazione PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo cit.*, p. 329.

Altro aspetto del problema risiede nell'esatta individuazione dell'evento storico, di cui si sancisce la non contestabilità.

Nel momento in cui si fa riferimento alla Shoah, al giudice non è demandato il compito di accertare l'evento negato, dovendo quest'ultimo essere considerato alla stregua di un fatto notorio che non necessita di ulteriori delucidazioni, ossia di essere provato in giudizio⁴⁷⁷. Tuttavia, non è da escludere che un simile accertamento sia necessario, qualora non si neghi l'evento della Shoah – che comprende l'avvenimento in quanto tale, l'esistenza delle camere a gas e il numero delle vittime- bensì, a titolo illustrativo, il coinvolgimento nell'Olocausto da parte dello Stato italiano⁴⁷⁸. Tale carenza di tassatività si sarebbe potuta compensare attraverso l'elencazione di accadimenti circoscritti del macro-fenomeno, quali ad esempio l'uso delle camere a gas e dei forni crematori, alleggerendo così anche l'onere probatorio dell'accusa⁴⁷⁹.

Ben più problematico si rivela l'accertamento degli altri crimini internazionali. Infatti, il mancato ancoraggio al giudicato di un tribunale internazionale⁴⁸⁰ comporta che l'individuazione di tali crimini sia rimessa al giudice nazionale, il quale dovrà valutare se l'evento oggetto dell'esternazione negazionista integri la definizione del crimine contenuta nello Statuto di Roma. L'organo giudicante viene così investito, in assenza di adeguate competenze, del difficile compito di verificare, non solo l'esistenza dell'evento storico negato, ma anche di qualificare tale evento alla luce delle categorie giuridiche individuate dalla fonte internazionale. Non è dato sapere che tipo di indagine potrà compiere il giudice in assenza di un contraddittorio con le parti e in mancanza di elementi certi su cui basare la propria valutazione di sussunzione dell'evento storico nella fattispecie astratta, valutazioni a cui le corti specializzate dedicano anni di lavoro. La difficile realizzabilità di un simile accertamento emerge laddove si prenda in considerazione l'art. 6 dello Statuto che, nel definire il genocidio, parla di "intento di distruggere, totalmente o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso in quanto tale". Dunque, stando alla

⁴⁷⁷ INSOLERA G., *Tempo, memoria e diritto penale cit.*, p. 5; CAPUTO M., *La menzogna di Aushwitz cit.*, p. 15.

⁴⁷⁸ LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione cit.*, p. 1837. L'autore sottolinea come non sia possibile stabilire con precisione le singole circostanze fattuali incluse nei confini definitivi dell'Olocausto.

⁴⁷⁹ CAPUTO M., *La "menzogna" cit.*, p. 49.

⁴⁸⁰ Quest'ancoraggio era previsto nel disegno di legge 54-B che richiedeva che i crimini internazionali fossero stati oggetto di una sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale. La proposta venne abbandonata perché prevedeva di tener conto anche di atti di organismi internazionali o nazionali dei quali l'Italia è membro. V. *supra* Cap. II, 3.1.

definizione, il giudice dovrebbe (con quali strumenti?) verificare l'intenzione degli esecutori nel porre in essere il crimine.

L'unica soluzione plausibile è che il giudice tenga comunque conto, pur in assenza di riferimenti normativi, degli accertamenti compiuti da un tribunale internazionale⁴⁸¹. Tale soluzione avrebbe il pregio di restringere il novero dei crimini il cui diniego comporterebbe l'applicazione della fattispecie e esulerebbe l'organo giudicante dal compiere complesse operazioni ermeneutiche, dovendo quest'ultimo semplicemente appurare che l'evento contestato rientri tra quelli giudicati con sentenza irrevocabile da un tribunale internazionale⁴⁸².

4. L'elemento soggettivo. Consumazione e tentativo

Spostando l'indagine sull'elemento soggettivo, la tecnica prescelta dal legislatore di tipizzare il fatto secondo il modello del pericolo concreto pone il problema di stabilire l'oggetto del dolo. Precisando che le condotte di propaganda, istigazione ed incitamento disciplinate nel 1 comma dell'art. 604 bis c.p. sono imputabili a titolo di dolo generico, essendo "il motivo ispiratore – la discriminazione – incluso nelle idee propagandate e negli atti discriminatori istigati"⁴⁸³, occorre chiedersi se nell'oggetto del dolo rientri anche il concreto pericolo di diffusione.

Il quesito non è marginale, dal momento che si potrebbe incorrere in una situazione di responsabilità oggettiva, per cui l'evento viene attribuito al soggetto agente anche se non voluto. Nello specifico si verrebbe a creare una situazione analoga a quella che si verifica in relazione alle condizioni di punibilità: il verificarsi dell'evento condizione – il concreto pericolo di

⁴⁸¹ VISONE G., *L'aggravante di negazionismo cit.*, p. 1027; PUGLISI G., *A margine cit.*, p. 32; MANNA A., *Corso cit.*, p. 78.

⁴⁸² LEOTTA D.C., *La rilevanza penale cit.*, p. 601; In senso contrario si esprime LOBBA P., *L'espansione del reato di negazionismo in Europa: dalla protezione dell'Olocausto a quella di tutti i crimini internazionali. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI*, in http://www.eurostudium.eu/il_caso/Lobba%20-%20L%27espansione%20del%20reato%20di%20negazionismo%20in%20Europa.pdf, p.14. L'autore ritiene che in questo modo di producono esiti iniqui e paradossali "Come giustificare infatti – una volta compresi persino i crimini di guerra nell'alveo di protezione originariamente riservato all'Olocausto – l'esclusione del genocidio armeno (mai oggetto di procedimento giurisdizionale) a fronte della tutela apprestata, ad esempio, rispetto ad una campagna di bombardamenti a Sarajevo i cui responsabili sono stati condannati in via definitiva per crimini di guerra dal Tribunale internazionale per l'ex-Jugoslavia?".

⁴⁸³ In questo senso si esprime la giurisprudenza. Cfr Cass. pen., n.37581 del 2008.

diffusione - attribuirebbe rilevanza penale alla condotta, anche se tale evento non sia voluto dal soggetto agente.

Una simile configurazione del reato, oltre a porsi al confine con il rispetto del principio di colpevolezza di cui primo comma dell'art. 27 Cost., non sembrerebbe rispettare neppure la formulazione della norma. Sul presupposto che la *ratio* dell'incriminazione è la tutela della dignità umana, intesa come rispetto-riconoscimento dell'altro, il disvalore del fatto si racchiude nel pericolo di diffusione. Pertanto, il pericolo di diffusione è elemento costitutivo del reato, poiché non si pone al di fuori, ma influisce sull'ontologia del reato medesimo.

Quindi, poiché il dolo deve abbracciare tutti gli elementi della fattispecie, anche il pericolo di diffusione dev'essere imputabile al soggetto agente a titolo di dolo generico o quantomeno eventuale. Per cui, per essere punibile, l'agente oltre ad essere consapevole dei crimini oggetto di negazione che volontariamente propaganda, istiga o incita, deve avere anche la consapevolezza e volontà di diffondere l'ideologia negazionista, o quantomeno deve raffigurarsi e accettare il rischio di diffusione⁴⁸⁴. Dunque, il pericolo deve rientrare nell'oggetto del dolo.

Quanto al momento consumativo, trattandosi di un reato di pericolo concreto, esso si consuma nel momento e nel luogo in cui si verifica il pericolo di diffusione⁴⁸⁵. Ciò ad eccezione della condotta di propaganda, la quale si consuma nel momento e nel luogo in cui è stata posta in essere, essendo il pericolo di diffusione imminente nella condotta stessa⁴⁸⁶.

Quest'ultima considerazione appare veritiera solo da un punto di vista teorico. Nella pratica risulta difficile immaginare una consumazione differenziata tra le tre condotte summenzionate. Proprio perché si è in presenza di un reato di pericolo, la configurabilità del tentativo è da escludere. Punire il tentativo di un reato di pericolo significherebbe reprimere "il pericolo di un pericolo", con il rischio di anticipare eccessivamente la soglia di punibilità. Se si può parlare di tentativo solo quando gli atti compiuti siano idonei ed univocamente diretti alla lesione del bene

⁴⁸⁴ Cfr. SCOTTO ROSATO A.S., *Osservazioni critiche cit.*, pp. 299 ss. Circa la compatibilità del dolo eventuale con i reati di pericolo concreto si rimanda a GALLO M., *I reati di pericolo cit.*, pp. 1 ss.

⁴⁸⁵ PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 225, "le fattispecie che annoverano espressamente il pericolo tra gli elementi del fatto tipico, richiedono che essi si verifichi realmente affinché possa ritenersi integrato il reato".

⁴⁸⁶ V. supra par. 3.1, Cap III.

tutelato, si comprende che, nel caso dei reati di pericolo, gli atti hanno raggiunto quella pericolosità richiesta dalla norma per integrare il delitto⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷ In tal senso FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale cit.*, pp. 475 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale cit.*, p. 437; In giurisprudenza v. Cass., sez. I., n. 6004 del 19.01.1996, in *Giust. pen.*, II, 1996, p. 511, che ha dichiarato inammissibile il tentativo del delitto di istigazione a delinquere.

Rilievi conclusivi

La presente indagine ha tentato di analizzare il reato di negazionismo recentemente introdotto in Italia e il suo rapporto con la libertà di espressione. Giunti a questo punto della trattazione sembra opportuno riassumere brevemente i risultati dell'analisi, cercando di evidenziare alcuni aspetti: a) se la sua repressione sia legittima, e dunque compatibile con la libertà di espressione; b) se la scelta repressiva del legislatore italiano sia confacente sul piano tecnico-formale; c) se l'intervento dello strumento penale sia opportuno per contrastare il fenomeno.

Si è visto che la libertà di espressione rappresenta il valore più alto (la pietra angolare) di ogni sistema che suole definirsi democratico. Nata come tutela delle minoranze e del dissenso, diretta a ricomprendere non solo le parole buone, ma anche quelle pericolose, è stata vista dagli ordinamenti totalitari prima, e da quelli democratici dopo come uno strumento di cui potevano avvalersi gli oppositori al regime per il suo sovvertimento.

Da qui la necessità di limitare quelle forme di espressione considerate eversive, quali l'istigazione, l'apologia e la propaganda, per mezzo dello strumento penale.

In un primo momento, la giurisprudenza costituzionale si rifiutò di considerarle forme di manifestazione del pensiero, avvalendosi della teoria dei limiti logici, cioè di limiti direttamente desumibili dal contenuto del pensiero espresso. Secondo questa ricostruzione tali espressioni esondano dal campo del pensiero, traducendosi in un incitamento all'azione, in esternazioni dirette a condizionare l'altrui volontà.

Successivamente, tale paradigma esplicativo si è rivelato insoddisfacente. Da un lato, si è osservato che la libertà di espressione abbraccia anche idee che offendano, disturbano o colpiscono lo Stato e l'individuo; dall'altro che il limite alla libertà non dovrebbe rinvenirsi nel contenuto del pensiero espresso, piuttosto nella tutela di altre libertà parimenti garantite dalla Costituzione.

Seguendo questo ragionamento, le situazioni giuridiche idonee a costituire limiti alla libertà di espressione sono state individuate, oltre che nel buon costume (uno limite previsto dall'art. 21 Cost.), in interessi di natura pubblicistica, quali l'ordine pubblico e la corretta amministrazione della giustizia, e nella sfera dei diritti personali, quali l'onore, la reputazione e la dignità sociale. Spostando l'attenzione sui reati di opinione, cioè su quei reati il cui tratto caratteristico risiede in un *dicere*, ovvero nell'espressione recettiva di idee, di un giudizio, di una valutazione, di un punto di vista, abbiamo visto come la giurisprudenza costituzionale li ha considerati compatibili

con il sistema costituzionale a patto che la condotta sia idonea a porre concretamente in pericolo il bene tutelato della norma, sempre che tale bene abbia rilievo costituzionale.

La Corte, fornendo un'interpretazione diretta a valorizzare l'offensività della condotta, ha individuato due criteri di legittimazione dei reati di opinione. In primo luogo, l'anticipazione della tutela al pericolo astratto non può considerarsi legittima quando la condotta costituisce espressione di una libertà costituzionale. Quindi, per un recupero della legalità, i reati di opinione devono essere costruiti secondo la tecnica del pericolo concreto. In secondo luogo, quando viene in rilievo la libertà di manifestazione del pensiero, come "controinteresse" al bene tutelato dalla norma, l'oggettività giuridica della fattispecie deve essere rappresentata da altri diritti/libertà parimenti garantiti dalla Costituzione.

Se volessimo traslare i *dictum* della Consulta in materia di negazionismo – materia sulla quale manca un intervento della giurisprudenza - potremmo dire che la fattispecie introdotta dal legislatore può considerarsi legittima, e dunque compatibile con la garanzia costituzionale della libertà di espressione a due condizioni: che sia costruita in termini di pericolo concreto, che sia diretta alla tutela di un bene di rilievo costituzionale.

Quanto alla prima condizione, il terzo comma dell'art. 604 bis c.p. richiede che la condotta sia posta in essere in modo che derivi concreto pericolo di diffusione.

Questa clausola è stata inserita dal legislatore in luogo del requisito di pubblicità della condotta perché è stata considerata "ben più evoluta e costituzionalmente orientata". Nell'intenzione del legislatore la formula del concreto pericolo di diffusione doveva fungere da elemento di ulteriore tipizzazione della condotta, in quanto indice di ciò che dal pubblicamente dovrebbe derivare.

Potrebbe dirsi che almeno a livello di tecnica legislativa la fattispecie sembra rispettare le istanze espresse dalla giurisprudenza di legittimità che, come abbiamo su esposto, considera compatibile i reati di opinione con il dettato costituzionale a condizione che la condotta determina un pericolo concreto che qualcosa possa derivare.

Sul piano dell'accertamento concreto, la risposta potrebbe essere differente. Infatti, la locuzione "in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione" si presta a varie interpretazioni, potendo il pericolo di diffusione essere concepito come modalità di esternazione della condotta, come condizione obiettiva di punibilità o ancora come evento in senso giuridico.

Non sembra potersi accogliere la qualificazione del pericolo di diffusione in termini di modalità della condotta. E ciò sia perché essa non sembra tener conto dell'inciso "in modo che ne derivi" che precede il pericolo di diffusione; sia in quanto porterebbe come conseguenza quella di

qualificare la fattispecie in termini di pericolo astratto con tutti i dubbi di costituzionalità che tale tecnica legislativa solleva in materia. Lo stesso dicasi per la qualificazione della formula come condizione obiettiva di punibilità.

L'unica esegesi che sembra maggiormente confacente con il dettato della norma, nonché con l'*intentio legis* e con le istanze della Corte costituzionale è quella che considera il pericolo di diffusione quale evento in senso giuridico.

In tale senso deporrebbe l'inciso "in modo che ne derivi", inciso che nel linguaggio normativo è spesso utilizzato (come si desume anche dal reato di incesto di cui all'art. 564 c.p. che punisce "chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto), per indicare il veicolo di causalità tra la condotta e il risultato ad essa conseguente.

Poiché il pericolo concreto non è rivolto all'offesa del bene tutelato, ma alla diffusione del pensiero negazionista si tratterebbe di un reato di pericolo concreto ed indiretto. Ne discende un ampliamento dell'area della punibilità dal momento che la condotta diventa penalmente rilevante al verificarsi di un evento intermedio – il pericolo di diffusione – che a sua volta costituisce un pericolo per il bene tutelato dalla norma.

Chiarito questo, può dirsi che la fattispecie così come formulata rispetti la prima condizione posta dalla Corte Costituzionale quale criterio di legittimazione dei reati di opinione.

A questo punto, per verificare la seconda condizione, occorre chiedersi quale sia il bene giuridico tutelato dal negazionismo.

Al riguardo si potrebbe sostenere che si tratta di una fattispecie plurioffensiva che lede in via immediata la dignità umana di quanto hanno vissuto l'evento negato -che qui viene in rilievo come rispetto riconoscimento dell'altro, dei suoi valori e del suo vissuto - e in via secondaria l'ordine pubblico, inteso in senso materiale, quale pace e sicurezza pubblica. Questa duplice offesa è desumibile sia dal fatto che la fattispecie è stata inserita nel titolo dedicato ai delitti contro la persona, sia dalla circostanza che il disvalore della norma grava sui concetti di propaganda, istigazione e incitamento; concetti che rappresentano il carattere distintivo del titolo V del codice penale.

Le considerazioni appena svolte consentono di concludere nel senso della compatibilità della fattispecie di negazionismo con la libertà di manifestazione del pensiero.

Volgendo lo sguardo su un piano più strettamente penalistico non possono che evidenziarsi le criticità della tecnica di normazione soprattutto sul piano della determinatezza e tipicità.

Il legislatore non sembra tener conto di questa esigenza nella formulazione della norma, lasciando all'interprete il compito di compensare la sua imprecisione e genericità.

La scarsa determinatezza investe anzitutto il piano della qualificazione giuridica: si tratta di una fattispecie autonoma o di un'aggravante?

Sebbene la maggioranza degli interpreti propenda per la configurazione in termini di aggravante, tale ricostruzione non sembra convincente. Ciò in quanto, se è vero che il terzo comma dell'art. 604 c.p. si limita a richiamare genericamente le condotte di propaganda, istigazione ed incitamento, dando per implicito che si tratti delle condotte di cui al primo comma, è altrettanto vero che il semplice criterio *per relationem*, da solo non è sufficiente a fornire una risposta esaustiva sull'esatta qualificazione. Inoltre, tale criterio nell'ipotesi in questione non può ritenersi pienamente soddisfatto dal momento che nella norma manca una formula del tipo "i fatti di cui al primo comma".

Proprio perché il criterio *per relationem* da solo non è sufficiente a far propendere per una qualificazione piuttosto che per l'altra, ci si è chiesti se tra le disposizioni del primo comma e quelle del terzo comma sussista un rapporto di specialità.

Al riguardo, pur ritenendo che il discorso negazionista possa considerarsi una *species*, ovvero un particolare modo di manifestarsi del discorso razzista, non si può prescindere dal ritenere che quest'affermazione risulta vera solo nei casi in cui l'asserzione abbia ad oggetto la Shoah e i crimini di genocidio, in quanto solo in tali ipotesi alla negazione si accompagna l'antisemitismo e il razzismo. Negli altri casi, soprattutto nella categoria dei crimini di guerra, la sovrapposizione tra negare e discriminare risulta di difficile individuazione.

Appurata l'esistenza di un rapporto di specialità, ci siamo chiesti se nella fattispecie sussista un elemento che faccia propendere per la sua qualificazione in termini di reato autonomo, e rispondendo positivamente a tale interrogativo, abbiamo individuato questo elemento nel concreto pericolo di diffusione.

L'elemento del concreto pericolo di diffusione, infatti, diversifica le condotte in esame da quelle del primo comma e potrebbe considerarsi un elemento costitutivo della fattispecie, in quanto racchiude il disvalore della stessa.

Il combinarsi di questi elementi, unitamente all'analisi dei lavori parlamentari, nonché al fatto che la pena viene stabilita nel *quantum* farebbero propendere per un'interpretazione che qualifichi la fattispecie in termini di reato autonomo.

Ma le perplessità poste dalla novella legislativa non si esauriscono in quanto esposto.

Il *deficit* di indeterminatezza riguarda anche gli elementi costitutivi del reato. Nella trattazione di questi si è già messo in risalto come l'intera disposizione sia piena di concetti imprecisi suscettibili di essere interpretati estensivamente. Conviene riepilogarli brevemente.

Anzitutto, il fatto che la norma prenda in considerazione anche la condotta di propaganda non esclude che nel nostro ordinamento assuma rilevanza penale anche il negazionismo puro, ossia il negazionismo non qualificato da ulteriori indici di pericolosità. Ciò in quanto, essendo la propaganda intesa come diffusione idonea a fare proseliti, si comprende come in tal caso il pericolo di diffusione è immanente alla condotta stessa. In questa ipotesi, dunque, la criminalizzazione si baserebbe esclusivamente sul contenuto dell'espressione vietata.

In secondo luogo, appare discutibile la scelta compiuta dal legislatore di estendere il divieto di negazione a tutti i crimini internazionali, e non solo a quelli oggetto di pronuncia da parte di un tribunale internazionale.

In questo modo, nel tentativo lodevole di voler equiparare la tutela penale ai crimini subiti dai diversi gruppi-vittima, a venire sacrificato è ancora una volta il principio di determinatezza, poiché è rimesso al giudice interno il compito di verificare non solo se il fatto negato si sia verificato, ma anche se esso costituisca crimine internazionale. Un ulteriore rischio prodotto dal c.d. "negazionismo allargato" è che a venir punita non sia solo la negazione di un fatto storico, ma anche quella della sua qualificazione giuridica. Così si finirebbe per punire anche il revisionismo storico.

La scelta di estendere l'incontestabilità a tutti i crimini internazionali poteva essere meglio declinata prevedendo semmai che non sia rilevante qualsiasi crimine internazionale, ma solo quello oggetto di una sentenza passata in giudicato di un Tribunale internazionale. Ci si augura che tale criterio seppur disatteso dal legislatore possa essere adottato dai giudici, quale requisito per l'applicazione della norma.

La sensazione che emerge dalle considerazioni fin qui svolte è che sicuramente la norma poteva essere scritta meglio, al fine di scongiurare tensioni, assai accentuate nel testo attuale, con "il principio di precisione descrittiva e di pregnanza del fatto, parte irrinunciabile del *nullun crimen sine lege* e strumento di garanzia sostanziale dai rischi dell'arbitrio giudiziario"⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ LEOTTA D.C. *In Gazzetta Ufficiale la legge che dà rilevanza penale al negazionismo*, in *Quotidiano Giuridico* (ed. web), giugno 2016.

L'ultima questione di estrema importanza che rimane aperta è dunque quella dell'opportunità di reprimere penalmente il negazionismo.

Che si tratta di un fenomeno allarmante, che debba essere preso in considerazione è opinione condivisa da tutti coloro che si sono interessati del tema. La discussione è sui mezzi: può dirsi la sanzione penale lo strumento più idoneo ad offrire "soluzioni" per contrastare il negazionismo, oppure è preferibile che sia lo spazio del discorso pubblico ad occuparsene?

Nel tentativo di fornire una risposta a tale quesito giova considerare le ragioni di fondo sottese a tale scelta repressiva.

Queste ragioni possono individuarsi nella circostanza che il negazionismo si contrappone con i valori fondanti l'ordinamento democratico. E ciò in quanto l'asserzione negazionista non riconosce le basi democratiche degli ordinamenti post-bellici, che hanno fatto, del ripudio del nazismo e delle atrocità da questo commesse il punto di partenza per la costruzione della democrazia.

La portata di quest'affermazione può comprendersi solo se si considera che negando la Shoah ed i crimini internazionali, non solo si nega un evento storico, ma il valore che quest'evento assume nella comunità internazionale. Più precisamente, si negano i principi fondamentali sui quali si sono formati gli attuali Stati democratici.

Se queste sono le premesse si comprende come si è in presenza di un fenomeno non relegabile al dibattito pubblico, soprattutto in una democrazia, quale quella italiana, segnata dall'esperienza storica del fascismo.

Argomentare diversamente significherebbe non tener conto della reale portata del fenomeno, ma soprattutto delle ripercussioni che si potrebbero verificare sul tessuto sociale qualora il negazionismo restasse impunito.

Infine, occorre considerare che la scelta del legislatore italiano di punire l'esternazione negazionista sia il frutto di un impegno assunto a livello sovranazionale. L'Unione europea con la Decisione Quadro 2008/913/GAI ha chiesto agli Stati membri di sanzionare penalmente chi nega, giustifica o minimizza il verificarsi di crimini internazionali come definiti dallo statuto del Tribunale di Norimberga e dello statuto della Corte penale internazionale. Poiché si tratta di un atto rientrante nell'ex terzo pilastro del Trattato di Lisbona, esso ha natura giuridica vincolante. Con la conseguenza che qualora l'Italia non si sarebbe conformata all'armonizzazione promossa a livello europeo, nei suoi confronti la Commissione europea avrebbe potuto aprire una procedura d'infrazione.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE G., *Ius superveniens, giudizio di rilevanza e censura cinematografica*, in *Civ. catt.*, 1961
- AGNOLI F.M., *Libertà di opinione e decisione quadro. La libertà della storia e la verità di Stato*, in <https://wp.me/plj06Z-Ay>
- ALESIANI L., *I reati di opinione una rilettura in chiave costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006
- AMATO G., *Libertà (dir. cost.)* in *Enc. Dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974;
- *Basta evitare azzardate congetture personali per invocare l'esimente del diritto di cronaca*, in *Guida al diritto*, 2001
 - *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in *Dem. dir.*, 1966
- AMBROSI A., *Libertà di pensiero e manifestazioni di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. Cost.*, n. 3, 2008
- ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1994
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1966;
- *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003,
- BACCO F., *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. Cost.*, n.4, 2013.
- *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2010
- BALBI G., *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, in *disCrimen* (ed. web), 11 febbraio 2019
- BALDASSARRE A., in *Enc. Giur*, voce *Libertà (problemi generali)*, vol. XIX, Ist. Enc. It., Roma, 1990
- BALLADORE PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1972
- BARBERA A., *Le libertà tra "diritti" ed "istituzioni"*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Giuffrè, Milano, 1977
- BARILE P., DE SIERVO U., *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969
- BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974.
- BARTOLE S., BIN R., *Art. 21*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008
- BARTOLE S., *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986

- BASILE F., *Reato autonomo o circostanza? Punti ferme e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in AA. VV., *Studi in onore di F. Coppi*, Torino 2012
- BELLOCCI M., PASSAGLIA P., *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Roma, 2007.
- BENEDETTI V., *Il diritto di satira fra libertà di espressione e tutela dei valori della persona*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 1996
- BERNARDI S., *Il nuovo principio della "riserva di codice" e le modifiche al codice penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4/2018
- BEVERE A., CERRI A., *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, in *Teoria e pratica del diritto*, Sez. III-73, Giuffrè, Milano, 1995
- BIFULCO D., *Negare l'evidenza. Diritto e storia alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, Francoangeli, 2012
- BOGNETTI G., *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p. ultimo comma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971
- BONANNO, *Diffamazione a mezzo stampa e limiti al diritto di cronaca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985.
- BRAGA G., *La libertà di manifestazione del pensiero, tra revisionismo, negazionismo e ricerca storica*, in AINIS M., (a cura di), *Informazione, potere e libertà*, Giappichelli, Torino, 2005
- BRICOLA F., *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanza del reato)*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997
- *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973
- BRUNELLI D., *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n.2/2016
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale*, vol. II, UTET Giuridica, Torino, 2013
- CAJANI L., *La storia nel mirino del diritto penale. The relation between memory and criminal law*, in *DPCE online* n. 1/2016
- CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in DOLCINI, E., PALIERO, C., (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006
- *Reato di pericolo*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991

CAPACCIOLI E., *Rapporti fra prevenzione e repressione in tema di spettacolo*, in *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo*, Convegni di studio "Enrico De Nicola", Giuffrè, Milano, 1963

CAPUTO M., *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in FORTI G., VARRASSO G., et al. (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014

- *La "menzogna di Auschwitz", le "verità del diritto penale". La criminalizzazione del c.d. negazionismo, tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, (ed. web), 2014

CAROLI P., *Aggravante di negazionismo e nuove condotte tipiche*, in *Diritto penale e processo*, n.5/2018

- *La Corte europea in tema di offese pubbliche contro gli ebrei*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 21 dicembre 2015

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, parte speciale, VII, Lucca, 1870

CARUSO C., *Dignità degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti". Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quad. Cost.*, n.4, 2013

- *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Quad. Cost.*, 2008

CASCIONE M.C., *Negare le ingiustizie del passato: libertà o divieto?*, in G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012

CASSANO M., *Negazionismo e opportunità di una risposta penale*, in *Criminalia*, 2013

CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Editori Laterza, Bari, 2015

CASTELLANETA M., *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 5/2011

CAVALIERE A., *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2016

CERRI A., *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969

CLEMENTE A., *Modifiche al c.p. in materia di reati di opinione, a seguito della l. n. 85 del 2006*, in *Giurisprudenza di merito*, I, 2007

CORTESE F., FRONZA E., *Il caso Perinçek davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Quando il giudice fa la storia*, in ARSLAN A., BERTI F., DE STEFANI P., (a cura di), *Il paese perduto. A cent'anni dal genocidio armeno*, Edizioni Angelo Guerini, Milano, 2017,

CRISAFULLI, V., *In tema dei limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur.cost.*, 1965

CUNIBERTI M., *Il limite del buon costume*, in CUNIBERTI M. ET AL. (a cura di), *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006

D'ALESSANDRO F., *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012

DANIELE L., *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in *DPC*, n. 10/2017

DE FLAMMINEIS S., *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, in *Dir. pen. cont.* (ed. web), 17 ottobre 2016

DE FRANCESCO G.A., *Commento al D.l 26/4/1993 n.122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale etnica e religiosa*, in *Legis. Pen.* 1994

- *Una sfida da raccogliere: la codificazione della fattispecie a tutela della persona*, in PICOTTI L., (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2013,

DE FRANCO R.G., *Il buon costume quale limite alle manifestazioni del pensiero: può esso dirsi un concetto normativamente determinato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966

DELITALIA G., *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Iustitia*, 1959

- *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930

DELLA MORTE G., *L'introduzione del reato di negazionismo in Italia, Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III, 2014

- *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *www.sidiblog.org.*, 22 giugno 2016

DI GIOVANE A., *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005

- *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988

- *Il passato che non passa “Eichmann di carta” e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006

DOLCE R., *Istigazione a delinquere*, in *Enc. Dir.*, XXII, 1972

- voce *Incesto*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, 1970;

DONINI M., *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2008

- *L’art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen proc.*, n.4/2018

ESOBEDO G., *A proposito del reato di incitamento alla disobbedienza della legge e d’istigazione all’odio tra classi sociali*, in *Gius. pen.*, 1895

ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958

FERRANTE U., *Diffamazione commessa con il mezzo stampa ed esercizio putativo del diritto di cronaca*, in *Giurisprudenza di merito* 1983, II,

FERRI G.B., *Buon costume: II) diritto civile*, in *Enc. Giur.*, V, Ist. Enc. It., Roma, 1988

FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2007

- *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale. Dibattito su “il codice Rocco cinquant’anni dopo”*, in *La Questione criminale*, I, 1981
- *L’offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001
- *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino, 2014

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, V ed., Zanichelli, Bologna, 2007

- *Diritto penale. Parte speciale*, II, t.1, *I delitti contro la persona*, Zanichelli, Bologna, 2013

FIDUCCIA E., *Sulla incompatibilità dell’art. 529, secondo comma c.p. rispetto al principio di cui all’art. 21, quinto comma della costituzione*, in *Il diritto d’autore e il controllo dello Stato sulle opere cinematografiche*, Atti del congresso Venezia, 1959

IORE C., *I reati di opinione*, Cedam, Padova, 1972

- *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980

FLICK G. M., *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014

FLORES M., *Revisionismo storiografico*, in *Treccani. It.*, Enciclopedia italiana, VII, 2007

FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957

FORTI G., “La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità”. *L’apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in *JUS*, II-III, 2008

- *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell’ipercomunicazione pluviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2016

FROMM, E., *Fuga dalla libertà*, Mondadori, Milano, 1970

FRONZA E., GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l’introduzione del negazionismo come reato*, in *Penale contemporaneo* (ed. web), 29 ottobre 2013

FRONZA E., *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2016

- *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012
- *L’introduzione dell’aggravante di negazionismo*, in *Diritto penale e processo* n.2/2017
- *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, 2015
- *Osservazioni sull’attività di propaganda razzista*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1998
- *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 1999

GALEOTTI A.E., *Intervento*, in *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo*, Giuffrè, Milano, 1963

- *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2010

GALLO E., MUSCO E., *Delitti contro l’ordine costituzionale*, Pàtron, Bologna. 1984

GALLO M., *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964

- *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969,
- *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 194

GALLUCCIO A., *Modificata l’aggravante di negazionismo e inserito l’art. 3 C. 3-bis L. 654/1975 nel novero dei reati presupposto della responsabilità dell’ente*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 20 dicembre 2017.

GAMBERINI A., “*I pensieri leciti*” della Corte costituzionale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973

GAMBERINI A., INSOLERA G., *Legislazione penale compulsiva. Buone ragioni ed altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in INSOLERA G., (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, Padova, 2006.

- *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti*, in *Dir. e giustizia*, 2006, VI,

- GATTA G., *Dal Sentato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 16 febbraio 2015.
- GERMINARIO F., *Negazionismo, antisemitismo, rimozionismo*, in D'AMICO G., (a cura di), *Razzismo, antisemitismo, rimozionismo*, Israt, Asti, 2007
- GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1985
- GRASSO E., *Premessa*, in *Orientamenti giurisprudenziali in tema di buon costume*, 1972
- GROSSI G., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972
- GUARNERI G., *Reati di opinione e opinione sui reati*, in *Giust. pen.*, 1976, Fascicolo speciale 12 bis,
- GUERRINI R., *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988
- HASSEMER W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007
- HOLMES O.W., *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975
- HUTTENBACH H.R., *Towards a conceptual definition of Genocide*, in *Journal of Genocide Research*, 4, 2002
- INSOLERA G., *Tempo, memoria e diritto penale. Quale memoria per quale diritto penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 19 marzo 2018
- J.S. MILL, *Sulla libertà* (1869), trad. it. della 4^a ed. a cura di G. Mollica, Milano, 2000
- KANT. I, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in MATHIEU V., (a cura di), Milano, 1994
- LA CUTE G., *Apologia e istigazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, 2007
- LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Utet, Torino, 1970
- LEOTTA D. C., *In gazzetta ufficiale la legge che dà rilevanza penale al negazionismo*, in *Quotidiano giuridico* (ed. web), 29 giugno 2016.
- *La rilevanza penale delle affermazioni negazioniste nell'ordinamento italiano*, in AMBORSETTI M. E., (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017
 - *Limiti penalistici alla libertà di espressione: il caso del negazionismo del genocidio armeno*, in *Archivio penale*, I, 2016
 - *Profili penali del negazionismo. Riflessioni alla luce della sentenza della corte EDU sul genocidio Armeno*, Cedam, Padova, 2016

LOBBA P., *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4., 2014

- *L'espansione del reato di negazionismo in Europa: dalla protezione dell'Olocausto a quella di tutti i crimini internazionali. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI*, in http://www.eurostudium.eu/il_caso/Lobba%20%20L%27espansione%20del%20reato%20di%20negazionismo
- *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *ius17@unibo.it*, n. 3/2011
- *Un "arresto" della tendenza repressiva europea sul negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 15 gennaio 2014

LONZANO TERUEL G. M., *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in *AIC*, n.4/2014.

LOSURDO F., *Il divieto dell'abuso di diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*, Giappichelli, Milano, 2011

LUTHER J., *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III, 2008

LUZZATO S., *Shoah vera o falsa? Non si decide per legge*, *Il Sole 24 ore*, 17 ottobre 2010

MACCHIA A., *Spunti in tema di negazionismo*, in *Cassazione penale*, I, 2019

MACRÌ M., *Diffamazione a mezzo stampa tra verità dei fatti, verosimiglianza e putatività*, in *Resp. civ. prev.*, 1996

MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Verona, 1890

MANCUSO C., *La decisione quadro 2008/913/GAI: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Diritto penale e processo*, n. 5/2009

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005

MANETTI M., *Il limite del buon costume*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 21*, Zanichelli, Bologna, 2006

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

MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte Generale*, ed. IV, Cedam, Padova, 2018

- *Il diritto di cronaca, di critica, di denuncia e la diffamazione: gli arresti giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2003

MANTOVANI F., *Considerazioni in tema di tutela penale della morale dei minori e di pubblicazioni in materia sessuale*, in *Temi*, 1966

- *Diritto penale, Delitti contro la persona, Vol. I*, Cedam, Padova, 2016
- *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, Padova, 2017
- *I reati di opinione*, in *Il ponte*, 1971
- *Il principio di offensività del reato nella costituzione* in *Scritti in onore di G. MORTATI*, VI, Milano, 1977
- *Principi di diritto penale*, Cedam, Padova, 2007

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol.2, Utet, Torino, 1985

MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale, parte generale, III*, Giuffrè, 2001

- *Manuale di diritto penale Parte generale*, VI, Giuffrè, Milano, 2017
- *Manuale di diritto penale, Parte generale*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2017

MARINUCCI G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971

MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992

MASSARO A., *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuti e limiti della L. n.85 del 2006*, in *Cass. pen.*, 11, 2006

MATO G., *Libertà di pensiero e propaganda sovversiva*, in *Dem. dir.*, 1966

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992

- *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990

MONTANARI M., *Il disegno di legge in materia di negazionismo passa all'esame dell'aula al Senato*, in *Diritto penale contemporaneo*, (ed. web), 28 ottobre del 2013

- *La corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sul problematico bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione e l'esigenza di reprimere il negazionismo del genocidio armeno*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 21 dicembre 2015
- *Libertà di espressione e dignità delle vittime in un caso di negazionismo del genocidio armeno: si pronuncia la Grande Camere della Corte EDU*, in *Diritto penale contemporaneo* (ed. web), 21 ottobre 2015

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico, II*, Cedam, Padova, 1969

- *Istituzioni di diritto pubblico, VI ed.*, Cedam, Padova, 1962
- MOSCHETTA M.T., *La decisione quadro 2008/913/GAI contro il razzismo e la xenofobia: una «occasione persa» per l'Italia?*, in *Giureta, Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, XII, 2014
- NATALINI A., *La politica criminale delle circostanze nella legislazione del terzo millennio*, in *Archivio penale* n.3 del 2017
- NOTARO D., *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Legisl. Pen.*, III, 2006
- NUSSBAUM M.C., *La nuova intolleranza. Superare la paura dell'Islam e vivere in una società più libera*, trad. it., Milano, Il Saggiatore, 2012
- NUVOLONE P., *Il diritto penale della stampa*, Cedam, Padova, 1971
 - *Limiti alla libertà di stampa nell'art. 15 della legge 8 febbraio 1948 n.47*, in *Arch. pen.*, 1952
- PACE A., *Art. 21 Rapporti civili*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2006
- PACE A., MANETTI M., *Art. 21 Rapporti civili*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2006
- PACE A., PETRANGELI F., *Voce cronaca e critica (diritto di)* in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 2001
- PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla riforma del titolo I libro II c.p.*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1982
 - *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo stato*, in *Guida al diritto*, n. 14, 2006
- PAGLIARO A., *Legge penale*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973
 - *Principi di diritto penale, Parte generale.*, Giuffrè, Milano, 2003
- PAGLIARURO G., *La tutela penale contro le discriminazioni razziali*, in *Archivio penale*, n. 3/2014
- PALADIN L., *Libertà di informazione*, Utet, Torino, 1979
 - *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. Cost.*, I, 1987
 - *Ordine pubblico*, in *Nss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965
- PALAZZO N., *Bugie di carta: un argine penale al negazionismo*, in *Nomos*, n.2/1017

- PANEBIANCO G., *Una prima attuazione della riserva di codice tra audaci scelte e studiati silenzi*, in *Legs. pen.*, 2018
- PAPA M., *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5/2018
- PARISI S., *Il negazionismo dell'olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quad. Cost.*, n.4, 2013
- PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990
- PASCARELLI R., *La riforma dei reati di opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *Ind. Pen.*, 2006
- PATRUNO L., *Memoria storica, negazionismo, tribunale del diritto*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, I, 2012
- PAVICH G., BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Dir. pen. cont. (ed.web)*, del 13.10.2014
- PELISSERO M. *Diritto di critica e verità dei fatti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992;
- *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione giustizia*, n.4, 2015
 - *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Diritto penale e processo*, n.8, 2006
 - *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Napoli, 2000
- PERGOLESI F., *Diritto costituzionale*, XV ed., Cedam, Padova, 1965
- PESCE F., *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili*, in *Dir. pen. cont. (ed web)*, 24 marzo 2015
- PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, vol. III, Napoli, 1885
- PEZZELLA V., *La diffamazione. Responsabilità civile e penale*, Utet giuridica, 2009
- PINO G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, II, 2008
- PIROZZOLI G., *Il valore costituzionale della dignità. Un profilo giurisprudenziale*, in *Rass. Parl.*, II, 2007

PISANTY V., *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Bompiani, Milano, 1998

- *Studi e ricerche sul negazionismo*, in *Italia contemporanea*, n.212 del 1998

PISAPIA G.D., *Limiti processuali alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge penale e libertà del pensiero*, Cedam, Padova, 1966

PIZZORUSSO A., *Lezioni di diritto costituzionale*, il Foro Italiano, Roma, 1984;

POLLICINO O., *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.5/2011

POPPER K., *La libertà è più importante dell'eguaglianza*, Roma, Armando editore, 1996

- *La società aperta e i suoi nemici, 1.*, Platone totalitario, Roma, 1973

PUGLISI G., *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo" tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *DPC* (ed. web), 2016.

- *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2018

PULITANÒ D., *Cura della verità e diritto penale*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M., (a cura di), *Verità del precetto e della sanzione penale*, Jovene, Napoli, 2014

- *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.4/2015
- *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in VASSALLI G., (a cura di) *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006
- *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giustizia*, 1970
- *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corriere giuridico*, n. 6/2006
- *Sulla legittimità dei reati di opinione nella proposta Mastella*, in *Quad. cost.*, n. 2 del 2007

RANA D., *Destre radicale italiana e negazionismo della Shoah. Una genealogia teorico-politica*, in *intrasformazione, Rivista di storia delle idee*, n. 1/2014

RICCIO G., *Ordine pubblico*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, diretto da G. VASSALLI, Milano, 1986, p. 729.

RIZ R., *Il principio di offensività* in RIODATO S., (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale di diritto allo Stato di polizia? Attualità del "Problema penale"*, Cedam, Padova, 2012

- ROCCO. A., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, Roma, 1929
- RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, V. ed., Giappichelli, Torino, 2016
- ROUSSO H., *Le syndrome de vichy: de 1984 a nos jours*, Parigi, 1990
- RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. Dir.*, 1991
- SALOTTO F., *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione (L. 13 ottobre 1974 N.654; L.24 febbraio 2006, N.85)*, in RIODATO S., (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso diritti fondamentali e tutela penale*, Cedam, Padova, 2006
- SARTORI G., *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1995
- SBRICCOLI M., *Crimen leasae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milano, 1979;
- SCAFFARDI L., *La cooperazione giudiziaria in materia penale e la proposta di decisione quadro relativa alla lotta contro il razzismo e la xenofobia*, in SCUDIERO M., (a cura di), *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Jovene, Napoli, 2005,
- *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova, 2009
- SCALISI A., *Brevi riflessioni su "la libertà di cronaca ed il valore della persona umana"*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1994
- SCHETTINO M.H., *La nuova aggravante del negazionismo: luci e ombre di una fattispecie controversa*, in *Studium Iuris*, n.10, 2016
- SCOTTO ROSATO A.S. *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3/2016
- SEMERARIO P., *L'esercizio di un diritto*, Giuffrè, Milano, 2009
- SERANI D., *Diritto di cronaca e verità putativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002
- SICA S., ZENO-ZENCOVICH V., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2007
- SOMMA E., *Negazionismo e genocidio armeno. Libertà di espressione e diritto alla menzogna secondo la Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2015
- SOTIS C., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007

- *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Roma, 2012
- SPASARI M., *Condotta (dir.pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961
- SPENA A., *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2006
- *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2007
- SPERDUTI G., GREPPI E., *Crimini internazionali dell'individuo*, in *Enc. dir., Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012
- SPIGNO I., *La storia infinita e il reato di negazionismo*, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it, 9 gennaio 2014
- *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in *DPCE*, 2008
- STANTON G. H., *The 8 states of genocide*, in <http://www.genocidewatch.org/aboutgenocide/8statesofgenocide.html>,
- STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973
- STRADELLA E., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Giappichelli, Torino, 2008
- TESAURO A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, Torino, 2013
- TRABUCCHI A., *Buon costume*, in *Enc. Dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959
- TRUCCO, *Brevi note sui più recenti atteggiamenti giurisprudenziali in tema di apologia di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982
- URBINATI N., *Ai confini della democrazia. Opportunità e rischi dell'universalismo democratico*, Donzelli, Roma, 2007
- VALASTRO A., *Art. 21*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet, Torino, 2006
- VALENTI A., *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, vol. I, III ed., Torino, 2001
- VASSALLI G., *Concorso tra circostanze eterogenee e "reati aggravati dall'evento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975
- *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984

- *Libertà di stampa e tutela penale dell'onere*, in *Archivio Penale*, I, 1967
- *Prevenzione e repressione: Aspetti penalistici*, in *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo*, Convegno di studio Enrico de Nicola, Giuffrè, Milano, 1963;
- *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992

VECCHIO F., *La libertà di espressione dopo la vicenda Perinçek contro Svizzera: il nuovo atteggiamento della Corte europea in materia di criminalizzazione del negazionismo e i rischi residui di una storia imposta per via legislativa*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2016

VENAFRO E., *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *La legislazione penale*, n.2, 2018

VERCELLI C., *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Laterza, Bari, 2013

VERDE F., *Diffamazione a mezzo stampa e l'esimente dell'esercizio del diritto*, Cacucci editore, 2010

VERRI F., CARDONE V., *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2013,

VIGEVANI G. E., *Radici della costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2014

VIOLANTE L., *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XXII, 1972

VIRGA P., *Diritto costituzionale*, VI ed., Giuffrè, Milano, 1967

VISCONTI C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008

- *Il legislatore azzecagarbugli: le "modifiche in materi di reati di opinione" introdotti dalla L. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Foro it.*, V-11, 2006
- *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, JUS, 2009, I

VISONE G., *L'aggravante del negazionismo, tra vincoli di matrice sovranazionale e legislazione simbolica*, in *Gazzetta forense*, n.4/ 2016

VITUCCI M. C., *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione del fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, in *Giur. cost.*, 1994

ZERBOGLIO A., *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in AA. VV., *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale*, II, Milano, 1933

ZUCCALÀ G., *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in Bettiol G., ed al. (a cura di), *Legge penale e libertà di pensiero*, Cedam, Padova, 2006

- *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Legge penale e libertà di pensiero* (atti del III Convegno di diritto penale, Bressanone 1965), Padova, 1966

ZUCCONI G., *Funzione della parola e della democrazia*, in *Il Mulino*, 5/1977

GIURISPRUDENZA

- C. cost. 19 febbraio del 1965, n. 9, in *Giur. Cost.* 1965
- C. cost. 30 gennaio 1974, n. 20
- C. cost. 11 luglio 1966, n. 100;
- C. cost. 14 giugno 1956, n. 1
- C. cost. 15 giugno 1972, n. 105, in *Sent. ord.*, 1972, 1
- C. cost. 17 aprile 1969, n. 84, in *Giur. Cost.* 1969
- C. cost. 25 febbraio 1975, n.31
- C. cost. 26 marzo 1986, n. 62
- C. cost. 27 febbraio 1973, n. 16;
- C. cost. 4 maggio 1970, n. 65
- C. cost. 4 novembre 1997, n. 329, in *Foro. It.*, I, 1998
- C. cost. 6 luglio 1966, n. 87;
- C. cost. 8 luglio 1957, n. 120;
- C. cost. 9 giugno 1986, n.132
- C. cost., 19 luglio 1968, n. 109, in *Giur. cost.*, 1968
- C. cost., 11 luglio 1991, n. 333
- C. cost., 6 luglio 1966, n.87, in *Giur. cost.*, 1966
- C. cost. ordinanza 18 aprile 1974, n.106
- C. cost., 10 febbraio 1981, n. 16
- C. cost., 11 luglio 1991, n. 333
- C. cost., 12 luglio 1975, n. 65
- C. cost., 17 luglio 2000, n. 293
- C. cost., 18 giugno 1981, n. 100
- C. cost., 2 maggio 1985, n. 126
- C. cost., 20 luglio 1990, n. 348
- C. cost., 20 novembre 2000, n. 508, in *Foro.it*, I, 2002

- C. cost., 23 giugno 1956, n. 2
- C. cost., 24 luglio 1995, n. 306
- C. cost., 27 marzo 1974, n. 86
- C. cost., 28 novembre 1968, n. 120, in *Giur. cost.*, 1968
- C. cost., 9 luglio 2002, n. 327, in *Giur. cost.*, I, 2002
- C. cost., 23 aprile 1974, n. 108, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974
- C. cost., 4 maggio 1970, n. 65, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, con nota di G. BOGNETTI, 1971
- C. cost., 29 aprile 2005, n. 168, in *Foro.it*, I, 2005
- Cass, sez. I pen., 29 marzo 1985, n. 507, in *Foro it.*, II, 1986
- Cass. 10 febbraio 1989, *Mulser*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, II, 1990
- Cass. 13 febbraio 1985, in *Giust. pen.*, II, 1986
- Cass. 16 dicembre 1968, in *Giust. pen.*, II 1970
- Cass. 3 maggio, 1985, *Ruschini*, in *Cass. pen.*, n. 18, 1987
- Cass. 6 maggio 1966, in *Cass. pen.*, 1967
- Cass. 7 luglio 1989 in *Riv. pen.*, 1988
- Cass. civ., 18 ottobre 1984, n. 5259
- Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giust. civ.*, 1985
- Cass. pen. n. 12807/2005.
- Cass. pen. n. 5941/2000;
- Cass. pen. n. 6419/2004;
- Cass. pen. n. 6737/1988
- Cass. pen. n. 7662/2007
- Cass. pen. Sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906.
- Cass. pen. sez. V, 23 ottobre 1987, *Buti*, in *Cass. pen.*, 1989
- Cass. pen., 22 giugno 1982, in *Giust. Pen.*, II, 1983
- Cass. pen., 23 gennaio 1985
- Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 1986, *Reali*, in *Riv. pen.*, 1987
- Cass. pen., 6 febbraio 1981, in *Riv. Pen.*, 1982,
- Cass. pen., n. 36906 del 2015.
- Cass. pen., n. 38877 del 2015
- Cass. pen., sez. I, 17 novembre 1997, in *Giust. pen.* 1998, II
- Cass. pen., sez. I, 5 giugno 1999, in *Ced Cass. rv.* 214645

Cass. pen., sez. I., 14 gennaio 1966, Cassetta, in *Cass. pen.*, 1966
 Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2008 n. 37581
 Cass. pen., sez. III, n. 37581/2008
 Cass. pen., Sez. V, 24 gennaio 2001, n. 31655
Cass. pen., sez. V, 51619/2017
 Cass. pen., sez. V, 9 novembre 2004, n. 48095, in *Guida dir.*, 2005, 2,
 Cass. pen., sez. V, n. 25138/2007
 Cass. pen., sez. V, n. 42067/2007, in *Diritto e Giustizia*, 2007
 Cass. S. U., 21 aprile 2010, Mills, in *CEDCass.*, n. 246581
 Cass. sez V., n. 1933/2004;
 Cass. sez. I civ., n.5259/1984
 Cass. sez. I, n.2173/1994;
 Cass. sez. III, 36906/2015
 Cass. Sez. III, n. 37581 del 7.05.2008, Mereu, in *Cass. pen.*, 2009,
 Cass. sez. un. 26 marzo 1983, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985
 Cass. sez. un. 30 giugno 1984, Ansaloni
 Cass. sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, in *CED Cass.*, n. 221663
 Cass. Sez. Un., n.8959/1984 in *Foro.it*, 1984, II
 Cass. sez. V n. 3679/1998
 Cass. sez. V pen., 26 giugno 1987, *Scialoja e al.*, in *Riv.pen.* 1988
 Cass. sez. V, 12 dicembre 1991, Benincasa, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*,
 1992
 Cass. sez. V, 2 gennaio 1992;
 Cass. Sez. V, 26 maggio 1983 in *Cass. pen.* 1984
 Cass. sez. V, 3 maggio 1985, Ruschini, in *Cass. pen.*, 1987
 Cass. sez. V, n. 46295/2007;
 Cass. sez. V, n. 6142/1992;
 Cass. sez. V, n.27283/2007;
 Cass. sez. V, n.274/1991
 Cass. Sez. V., n.17051/2013 in *CED Cassazione* n.255094
 Cass. Sez. V., n.39503/2012 in *CED Cassazione* n. 254789;
 Cass., 14 giugno 1994, in *Riv. pen.*, 1995

Cass., 8 giugno 2005, n. 11950
 Cass., n. 19381/2005
 Cass., sez VI, 19 ottobre 1975, Cadonia, in *Cass. pen.*, 1977
 Cass., sez. I, 5259/1984
 Cass., sez. I., 19 febbraio 1996, n. 6004, in *Giust. pen.*, II, 1996
 Cass., sez. III, 16111/2013
 Cass., sez. III, 6902/2012
 Cass., Sez. III, n.37581/ 2008
 Cass., Sez. Un., 18 novembre 1958, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960
 Cass., Sez. V 15 novembre 1984
 Cass., sez. V, 2 febbraio 1981 in C.E.D n. 147489
 Cass., sez. V, n. 1473/1998
 Cass., sez. V, n. 4492/1982, in *Cass. pen.*, 1983
 Corte Costituzionale tedesca (BVG) 13 aprile 1994, in *Giur. cost.*, 1994,
 Corte d'assise di Milano, 14 novembre 2001, in *Cass. pen.*, 2003
 Corte d'Assise di Roma, 5 marzo 1981, in *Giur. it.*, 1981, II,
 Corte EDU *Lehideux and Isorni c. France*, Dec. 23 novembre 1998, 24662/94.
 Corte EDU, *Dieudonné M'Bala M'Bala c. Francia*, 20 ottobre 2015, 25239/13
 Corte EDU, *Garaudy c. France*, 24 giugno 2003, 65831/01.
 Corte EDU, Grande Camera, *Perinçek c. Svizzera*, 15 ottobre 2015, 27510/08.
 Corte EDU, n.5496/72, *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976.
 Corte EDU, sez. II, *Perinçek c. Svizzera*, 17 dicembre 2013, 25710/08
 Trib. Milano 24 maggio 1972, in *Giur. It.*, 1973, II
 Trib. Milano 7 aprile 1997, in *Giur. it, I*, 1997
 Trib. Roma, 24 ottobre 2001, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002
 Trib. Roma, 5 giugno 1991, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1992
 Trib. Roma, sez. VI penale, 12 novembre 2013, n.18931
 Trib. Verona, 24 febbraio 2005, n. 2203
Tribunal Correctionnel di Parigi, *Marais c. France*, 24 giugno 1996, 31159/96
Tribunal Constitucional de España, 7 novembre 2007, n. 235
Tribunal federal svizzero, 12 dicembre 2007, n. 398.