

Osservazioni critiche sul nuovo “reato” di negazionismo

Critical Remarks About the New “Crime” of Denial

ANGELO SALVATORE SCOTTO ROSATO

*Dottorando di ricerca in diritto penale europeo e internazionale
presso la Ludwig-Maximilian-Universität München*

NEGAZIONISMO, CRIMINI INTERNAZIONALI,
OLOCAUSTO

DENIAL, INTERNATIONAL CRIMES,
HOLOCAUST

ABSTRACT

Il negazionismo è un fenomeno in continua espansione. La reazione intrapresa al fine di contrastarlo sembra espandersi allo stesso modo. Il comma 3-bis, art. 3 della legge n. 654 del 1975 introdotto in Italia lo scorso giugno, è in linea con una diffusa tendenza alla criminalizzazione di manifestazioni del pensiero che ribaltano in modo urticante e offensivo consolidate acquisizioni storiche. La disposizione italiana si spinge addirittura oltre, punendo non solo, in modo esplicito, la negazione della Shoah, ma anche dei crimini internazionali qualificati giuridicamente con rinvio allo Statuto di Roma della Corte penale internazionale.

IL presente lavoro rappresenta un tentativo di analisi della nuova disposizione. Sarà posta attenzione alla struttura della norma e al percorso parlamentare che vi è alla base, al fine di qualificarne la natura giuridica. Saranno poi valutate le implicazioni giuridiche, a seconda che la si consideri circostanza aggravante o titolo autonomo di reato. Infine, verrà delineata una breve comparazione tra le fattispecie penali di alcuni Paesi europei, per mettere in rilievo analogie e differenze in punto di eventi per i quali è fatto divieto di negazione.

Denial is an ever-increasing phenomenon. The reaction to it seems to be likewise ever-expanding. Article 3, paragraph 3-bis, of Law no. 654/1975 which entered into force in Italy last June is in keeping with the widespread tendency towards the criminalization of the expression of thoughts that overturn in a maddening and offensive way consolidated historical achievements. The Italian regulation goes even further, punishing explicitly both the Holocaust denial and the denial of international crimes as they are legally characterised by the Rome Statute of the International Criminal Court.

This article attempts to investigate the new regulation. Attention will be paid to the structure of the law and the parliamentary process behind it for the purpose of understanding its legal nature. The legal implications will be evaluated depending on whether the act is considered an aggravation of an offence or a separate offence. In conclusion, a brief comparison of the types of offences of some European countries will be presented, in order to highlight the similarities and differences of the events for which the denial is prohibited.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Collocazione normativa: breve analisi della disposizione di accoglimento. – 3. Natura giuridica: circostanza aggravante o reato autonomo? – 3.1. Quando il Legislatore non brilla nella padronanza del linguaggio tecnico. – 3.1.1. Criteri forti. – 3.1.2. Criteri deboli. – 3.1.3. Implicazioni in caso di circostanza aggravante. – 3.2. Il DDL n. 54 e le sue successive modifiche: l'iter legislativo e valutazioni critiche alla luce dei criteri appena descritti. – 3.2.1. (segue) fase preliminare: Disegno di legge originario e prima proposta da parte della Commissione Giustizia al Senato. – 3.2.2. (segue) prima proposta del Senato: AS-54 approvato l'11 febbraio 2015. – 3.2.3. (segue) controproposta della Camera: AC-2874 approvato il 13 ottobre 2015. – 3.2.4. (segue) dal Terrorismo al Negazionismo: l'emendamento 1.401. – 3.2.5. La natura giuridica della disposizione definitivamente approvata. – 3.2.5.1. Tentativi di risposta: l'elemento della negazione. – 3.2.5.2. (segue) l'elemento del concreto pericolo di diffusione. – 4. Titolo autonomo di reato: il concreto pericolo, l'elemento soggettivo, implicazioni sostanziali e processuali. – 4.1. Reato di condotta a pericolo concreto e indiretto? – 4.1.1. Il *concreto pericolo di diffusione*: dal punto di vista della legge positiva. – 4.1.2. (segue) dalla prospettiva dell'accertamento da parte del giudice. – 4.2. L'elemento soggettivo. – 4.3. Le implicazioni dovute al regime sanzionatorio previsto. – 4.3.1. La particolare tenuità del fatto: art. 131-bis c.p. – 4.3.2. La sospensione condizionale della pena: art. 163 c.p. – 4.3.3. La sospensione del procedimento con messa alla prova: art. 168-bis c.p. – 4.3.4. Conseguenze di natura processuale e investigativa. – 5. Una fattispecie *sui generis*: analogie e differenze con il reato di negazionismo previsto in alcuni Paesi europei. – 5.1. La condotta penalmente rilevante. – 5.2. Un incoraggiamento mancato: *sentenza passata in giudicato di una Corte internazionale o atti di un organismo sovranazionale o internazionale*. – 5.2.1. Fattispecie temporalmente chiuse. – 5.2.1.1. Francia: art. 24-bis *loi sur la liberté de la presse*. – 5.2.1.2. Austria: § 3h *Verbotsgesetz*. – 5.2.1.3. Germania: § 130 III *StGB*. – 5.2.2. Italia e Svizzera: due fattispecie temporalmente aperte. – 6. Conclusioni.

1.

Introduzione.

La legge del 16 giugno 2016 n. 115 ha recepito il provvedimento approvato l'8 giugno 2016 in seconda lettura alla Camera, che introduce un nuovo comma 3-bis nella legge n. 654 del 1975 avente ad oggetto il c.d. negazionismo, punito con la pena della reclusione da due a sei anni.

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

Il Legislatore ha “ceduto” all'introduzione di una disposizione penale, forse più in contrasto che altrove con la libertà di espressione. Il sistema italiano, infatti, non corrisponde a quella che viene definita una *wehrhafte Demokratie*¹. La Costituzione non prevede *verfassungsimma-*

¹ Letteralmente democrazia militante/protetta. Per *wehrhafte Demokratie*, o anche *streitbare Demokratie*, si intende quel tipo di sistema democratico che è, o dovrebbe essere, capace di proteggersi da solo dai nemici della democrazia e della Costituzione. È un tipo di sistema sviluppatosi in Germania successivamente alla II Guerra Mondiale per rimediare alle falle della Repubblica di Weimer, che avevano portato alla presa del potere da parte del nazionalsocialismo. È un sistema, quindi, che è nato per contrastare i nemici interni e assicurare una democrazia duratura e stabile. Cfr. DEPENHEUER, *Geniereich „wehrhafte Demokratie“*, in *Die Politische Meinung*, n. 460/2008. Per un chiaro approfondimento sul processo che ha portato alla democrazia in Germania dopo il crollo di un regime non democratico, cfr. A. CASTALDO, *Democratizzazione e sistemi pratici – il caso della Repubblica Federale Tedesca*.

nente *Schranke*², come invece accade in Germania³.

In Italia la libertà di espressione è apparentemente “illimitata”, se si ponesse attenzione alla sola Costituzione⁴. Rappresentando il valore più alto tra i diritti primari e fondamentali⁵, non è stato previsto dai Costituenti che la libertà di manifestazione del pensiero potesse essere limitata legislativamente, ossia attraverso la legge ordinaria, così come avviene per le altre libertà fondamentali⁶. “[...] la mancanza di ogni rinvio a leggi limitatrici non deriva da incompletezza della formula, ma da necessità o da natura intrinseca del diritto proclamato intimamente diverso da quelli garantiti con rinvio alla legge per regolamentazione o delimitazione”⁷. Essa è essenziale ai fini dell’attuazione del sistema democratico, del quale è “pietra angolare”⁸. Ciò vuol dire che la protezione della democrazia non la si realizza *a posteriori*, ma è insita nell’attuazione del sistema, per il tramite dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti.

Pertanto, in Italia la libertà di manifestazione del pensiero risulterebbe maggiormente in contrasto con limiti, penalmente previsti, che non si fondano sulla materialità di un fatto, restando sostanzialmente opinioni o *asserzioni di fatti*⁹ che dir si voglia, vere o false che siano¹⁰. Ciononostante, il Parlamento ha ritenuto opportuno introdurre la fattispecie penalmente rilevante di negazionismo, fino ad oggi ampiamente contestata¹¹.

2. Collocazione normativa: breve analisi della disposizione di accoglimento.

La disposizione si inserisce nell’ambito della legge di ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla

² Letteralmente limiti intrinseci/immanenti alla costituzione. Si tratta dei limiti enunciati già a livello costituzionale. La *Grundgesetz* prevede articoli che hanno lo scopo di proteggere *die freiheitliche demokratische Grundordnung*; vale la pena citarne uno, quello che ha portata generale e che produce una vera e propria perdita dei diritti fondamentali. L’art. 18 GG recita: *Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das Asylrecht (Artikel 16a) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen.* Trad. it.: *Chiunque, allo scopo di combattere l’ordinamento fondato sui principi di libertà e di democrazia, abusi della libertà di manifestare il proprio pensiero, in particolare della libertà di stampa (art. 5, n. 1), della libertà di insegnamento (art. 5, n. 3), della libertà di riunione (art. 8), della libertà di associazione (art. 9), della segretezza della corrispondenza, della posta e delle telecomunicazioni (art. 10), del diritto di proprietà (art. 14) o del diritto di asilo (art. 16a), decada da questi diritti fondamentali. La decadenza e la sua portata saranno dichiarate dalla Corte costituzionale federale]. Sul rapporto tra questi limiti, la libertà di espressione e il § 130 IV StGB, cfr. L. MICHAEL, *Die wehrhafte Demokratie als verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit*, in ZJS 2010, pag. 155 ss.; Cfr. anche C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1958, nota 25, pag. 16; più di recente C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Tornino 2008, pag. 56 ss.*

³ A tal proposito, va detto che almeno altri due sistemi hanno sviluppato una forma di *wehrhafte Demokratie*. Quello austriaco tramite la *Verbotsgesetz* del 1947, che persegue l’obiettivo di contrastare eventuali aspirazioni nazionalsocialiste. Si tratta di una legge costituzionale che pone dei limiti a tutte quelle condotte che si pongano in essere *in senso nazionalsocialista*, cfr. § 3g della *Verbotsgesetz*. Il secondo sistema protetto è quello previsto dalla Carta Europea dei Diritti dell’Uomo. L’art. 17 CEDU, vieta l’abuso dei diritti fondamentali garantiti dalla stessa carta. La Corte EDU ne ha fatto notevole e particolare uso nella lotta al negazionismo. “[...] la clausola di salvaguardia di cui all’art. 17 non viene più applicata come canone ermeneutico, ma per estromettere ratione materiae determinate classi di opinioni dalla protezione offerta dalla Convenzione, in quello che viene definito il suo effetto ghigliottina.” Così P. LOBBA, *Il volto europeo del reato di negazionismo*, 2013, pag. 151.

⁴ In realtà il comma 6 dell’art. 21 Cost. prevede come unico limite espresso il *buon costume*, concetto che nel tempo ha avuto significati sempre diversi, fino a riguardare la sola morale sessuale. Anche quest’ultimo significato è stato ormai del tutto superato, e per buon costume si intende oggi “il contenuto minimo comune alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea”, CARTABIA-LAMARQUE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Compendio di diritto costituzionale*, a cura di ONIDA-PEDRAZZA-GORLERO, pag. 114; cfr. anche Corte Cost. 293/2000; sui limiti che la stessa Corte Costituzionale avrebbe di volta in volta riconosciuto alla libertà di espressione, cfr. C. VISCONTI, *op. cit.*, pag. 4 ss.

⁵ Cort. Cost. n.168 del 1977. I giudici costituzionali utilizzano l’avverbio *forse* per qualificare la libertà di manifestazione del pensiero come il più altro tra i valori tutelati dalla costituzione. Inoltre, in detta sentenza, i giudici affermano che tutti i diritti fondamentali “*debbano venir contemperati con le esigenze di una tollerabile convivenza*”. Tale contemperamento richiede un’attività ermeneutica che sia ispirata proprio dall’importanza dei singoli diritti fondamentali, di volta in volta presi di riferimento.

⁶ Cfr. C. ESPOSITO, *op. cit.*, pag. 17.

⁷ *Ivi* pag. 18.

⁸ CRISAFULLI-PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, 1990, art. 21, pag. 129; Corte Cost. n. 84 del 1969, dove i giudici hanno dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 507 c.p. nella parte in cui faceva riferimento alla propaganda sostenendo che “*la libertà di propaganda è espressione di quella di manifestazione del pensiero, garantita dall’art. 21 della Costituzione e pietra angolare dell’ordine democratico*”

⁹ Cfr. *infra* nota 158.

¹⁰ Illuminanti le parole di Esposito: “*Che libertà sia questa minacciata delle pene, che leggi penali siano queste che non consentono di impedire i reati, in verità, non si riesce a dire, né a costruire*”, C. ESPOSITO, *op. cit.*, pag. 18 ss., cfr. anche nota n. 32 pag. 20.

¹¹ La storia del reato di negazionismo è relativamente lunga. Il primo tentativo per introdurlo anche in Italia, fu fatto nel 2007 dall’allora Ministro della Giustizia Mastella. La proposta non andò in porto per la levata di scudi da parte degli storici italiani, che firmarono un [manifesto](#) contro l’introduzione del reato; cfr. sul punto C. VISCONTI, *op. cit.*, pag. 271; in seguito all’introduzione del nuovo comma 3-bis, gli storici sono tornati a ribadire la loro [posizione contraria](#) alla criminalizzazione del negazionismo.

firma a New York il 7 marzo 1966, e più precisamente nell'art. 3 di detta legge. L'obiettivo è quello di intensificare il contrasto alla discriminazione, fino a rendere penalmente rilevante anche la negazione di crimini internazionali. L'art. 3 legge n. 654 del 1975 è stato nel tempo più volte ritoccato¹². Mentre la versione originaria criminalizzava la mera diffusione di idee fondate sulla superiorità o l'odio razziale, la prima modifica, avvenuta nel 1989, ha aggiunto all'odio e alla superiorità razziale anche l'intolleranza e il pregiudizio religioso¹³. Nel 1993 è stato esteso il raggio d'azione della norma, punendo anche la discriminazione fondata sull'etnia¹⁴. In quell'occasione, il Legislatore è intervenuto anche sul regime sanzionatorio, riducendo la pena massima della reclusione¹⁵. Infine, nel 2006, si è ridimensionata relativamente l'estensione della norma, con la sostituzione della parola *propaganda* alla parola *diffusione*, per sottolineare la necessità che ad assumere rilevanza penale fosse solo quel tipo di condotta capace di realizzare concretamente un clima di odio e di discriminazione¹⁶. La propaganda, a differenza della diffusione, evoca un *quid pluris*¹⁷. Presuppone che ci sia una costante diffusione di idee finalizzata a uno scopo. *“La propaganda non si identifica perfettamente con la manifestazione del pensiero; essa è indubbiamente manifestazione, ma non di un pensiero puro ed astratto, quale può essere quello scientifico, didattico, artistico o religioso, che tende a far sorgere una conoscenza oppure a sollecitare un sentimento in altre persone. Nella propaganda, la manifestazione è rivolta e strettamente collegata al raggiungimento di uno scopo diverso, che la qualifica e la pone su un altro piano”*¹⁸. Un'azione che persegue l'obiettivo di influenzare e persuadere gli altri in modo da orientarne la volontà¹⁹. L'intervento di modifica del 2006 ha interessato anche la comminatoria edittale, avendo ridotto da 3 anni a 1 anno e 6 mesi la pena massima della reclusione prevista per le condotte del comma 1 lett. a).

3.

Natura giuridica: circostanza aggravante o reato autonomo?

Durante i lavori parlamentari si è molto discusso sulla natura giuridica della nuova disposizione. Se, da un lato, l'*intentio legis* era quella di evitare l'inserimento nel sistema di un nuovo reato *ad hoc*²⁰, dall'altro, il testo finale approvato l'8 giugno 2016 non sembra rispettare pienamente tali intenzioni. Per meglio comprendere la natura giuridica della disposizione definitivamente approvata, può essere utile analizzare nel dettaglio l'*iter* parlamentare, onde verificare se tra i diversi testi che hanno fatto la navetta tra Camera e Senato, sussistesse concretamente una distinzione tra aggravante e reato autonomo, e, soprattutto, per inquadrare quale tipo di precetto sia stato poi inserito nell'ordinamento giuridico. Prima di fare ciò, può essere utile rammentare i criteri individuati da giurisprudenza e dottrina per facilitare l'interprete nel lavoro di distinzione tra circostanza aggravante e reato autonomo, in riferimento a *“questioni ostinatamente dubbie”*²¹.

¹² Per un esauriente elaborato sull'evoluzione della norma, v. G. PAVICH – A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014.

¹³ Non furono apportate modifiche alla norma. Il comma V dell'art. 2 l. n. 101 del 1989, recita: *“Il disposto dell'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, si intende riferito anche alle manifestazioni di intolleranza e pregiudizio religioso”*.

¹⁴ Decreto legge n. 122 del 1993, convertito nella legge 205/1993, che ha completamente sostituito l'articolo.

¹⁵ Cfr. G. PAVICH – A. BONOMI, *op. cit.*, pag. 2 ss.

¹⁶ Legge n. 85 del 2006. Si interviene anche sulla terminologia usata per la condotta di *incitamento*, trasformando il termine in *istigazione*. Tra *propaganda* e *diffusione* sarebbe sorto un rapporto di specialità per specificazione, che non ha determinato un'abolitio criminis. *“La specificazione sopravvenuta si limita a circoscrivere la rilevanza penale a quelle condotte contemplate nella specificazione medesima che tuttavia erano già incriminate nella previsione generale della norma precedente: nel caso di specie [...] circoscriverebbe la punibilità alla propaganda, che era già compresa nella incriminazione della diffusione”*. Cort. Cassazione n. 37581 del 2008.

¹⁷ In questo senso F. SALOTTO, *Reato di propaganda razziale e modifiche ai reati di opinione*, in AA.Vv., *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di S. RIONDATO, Padova 2006, pag. 170.

¹⁸ Corte Costituzionale sentenza n. 87 del 1966. La Cassazione, da ultimo, ribadisce che *“Propagandare un'idea, infatti, in altri termini significa divulgarla al fine di condizionare o influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico in modo da raccogliere adesioni intorno all'idea propagandata”*. Cfr. Corte Cassazione n. 36906 del 2015; più precisamente: *“Il sostantivo propaganda evocerebbe qualcosa di più ampio del diffondere e soprattutto presupporrebbe organizzazione di mezzi e molteplicità di interventi, il che sta a significare che nel 2006 il legislatore ha deliberato di restringere le maglie del punibile”*, Corte Cassazione 47894 del 2012.

¹⁹ F. SALOTTO, *op. cit.*, pag. 170;

²⁰ In realtà, come si vedrà nel successivo paragrafo, il disegno di legge iniziale, presentato al Senato nel febbraio 2013, prevedeva l'inserimento di una fattispecie autonoma di reato. Solo in seguito alle modifiche presso le stesse Commissioni del Senato, si è delineata la possibilità di introdurre un'aggravante. Cfr. *infra* § 3.2.1.

²¹ R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziate?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pag. 309.

3.1.

*Quando il Legislatore non brilla nella padronanza del linguaggio tecnico*²².

“...è un male [...] l'oscurità [...] e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicare da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà, o de' suoi membri in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico”²³. Si tratta del principio di tipicità, che coinvolge la determinatezza e la tassatività delle disposizioni incriminatrici²⁴.

Nonostante il *nullum crimen sine lege certa et stricta* sia costituzionalizzato dall'art. 25 co. II Cost., spesso ci si ritrova di fronte a fattispecie penali carenti di determinatezza e precisione²⁵. È il caso della fattispecie di negazionismo, la quale, al di là dei problemi riguardanti la sua natura giuridica, costituisce di per sé un illecito intrinsecamente indeterminato²⁶.

La precisione e la determinatezza riguardano tanto gli elementi costitutivi quanto gli *accidentalità delicti*. In un'ottica di politica criminale finalizzata alla prevenzione e fondata su un diritto penale liberale e costituzionalmente orientato, le circostanze, soprattutto quando aggravanti, dovrebbero essere accompagnate dalla stessa chiarezza che si richiede per gli elementi costitutivi del reato²⁷. Da tale esigenza deriva che anche la distinzione tra titolo autonomo di reato e circostanza debba essere chiaramente determinata o determinabile.

Nonostante le conseguenze derivanti da una non agevole distinzione tra titolo autonomo di reato e circostanza, delle quali si parlerà più avanti, il Legislatore continua a non essere chiaro, tanto che l'area grigia in cui convivono le due categorie ha fatto parlare in dottrina di una *costante del pensiero giuridico penale*²⁸ e, come noto, sono stati quindi individuati criteri utili per cercare di risolvere i dubbi interpretativi, suddivisibili in criteri forti e criteri deboli²⁹.

²² L'espressione leggermente modificata è di F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in AA.Vv., *Studi in onore di F. Coppi*, Torino 2012, pag. 20

²³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit. c. V, p. 19

²⁴ Sulla necessità di un diritto penale conoscibile, fondato sulla determinatezza e tassatività delle norme penali, cfr. S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta"*, Napoli 2001 pp. 83 ss.; v. anche F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale, significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in AA.Vv., *Diritto Penale e Giurisprudenza Costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli 2006 pp. 71 ss.; fondamentale in questo senso, una sentenza costituzionale del 1992, in cui i giudici affermano: “è sindacabile da parte di questa Corte il vizio consistente nell'errore materiale di redazione legislativa, che infici il testo della disposizione, pregiudicando, [...], la riconoscibilità e l'intelligibilità del precetto penale con essa disposto. Rilevato un simile vizio, la Corte, in adempimento della sua funzione di conformazione dell'ordinamento legislativo al dettato costituzionale, deve dichiarare l'illegittimità costituzionale della parte della disposizione specificamente viziata e dalla quale deriva il difetto di riconoscibilità e di intelligibilità del precetto”. Cfr. Corte Cost., 13 aprile 1992, n. 185.

²⁵ Ciononostante la giurisprudenza costituzionale avente ad oggetto un'eventuale incostituzionalità di disposizioni legislative per insufficiente determinatezza, è terribilmente scarsa di pronunce di accoglimento. Una delle prime, risalente ormai a qualche decennio fa, ha avuto ad oggetto la situazione “estrema” rappresentata dal reato di plagio. Cort. Cost., 9 aprile 1981, n.96; cfr., a tal proposito, F. PALAZZO, *op. cit.*, pag. 62; Un problema di determinatezza sorge per i reati di pericolo. Anticipando la tutela penale prima che si ponga in essere un fatto, essi sono carenti di precisione e determinatezza. Sull'argomento, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore-funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, pag. 324 ss.

²⁶ Sulla carenza di determinatezza del reato di negazionismo si pronuncia durante le prime fasi parlamentari il senatore Buemi, “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 pag. 50; inoltre, va precisato che la carente determinatezza non dipende solo dalle difficoltà di individuare limiti precisi alla condotta. Essa è dovuta anche all'indeterminatezza dei fatti storici cui si riferisce, pur se conclamati come l'Olocausto, essendo quest'ultimo un macro-evento caratterizzato da illimitate e indefinite condotte criminose. Cfr. P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2014; per l'opinione a favore di una criminalizzazione del fenomeno, attraverso fattispecie puntuali e circoscritte a determinate azioni criminose, cfr. M. CAPUTO, “*La menzogna di Auschwitz*”, *le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014.

²⁷ C. S. FIORE, *Diritto Penale – Parte Generale*, III ed. 2008, pag. 425; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale – Parte Generale*, VII ed. 2014, pag. 437; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Padova 2000, pag. 727; mettendo in rilievo i rischi in caso di mancata determinatezza delle circostanze aggravanti, T. PADOVANI, *Circostanze del reato*, in DDP 1988, vol. II, pag. 200; partendo dalla distinzione tra *tipi circostanzianti forti e tipi circostanzianti deboli*, “così come gli elementi costitutivi, quindi, anche quelli circostanzianti debbono prediligere tecniche di normazione dotate di una elevata analiticità e compiutezza descrittiva oppure di elasticità e duttilità legislativamente “guidata” [...] e ciò poiché anche in questo caso si realizzerrebbe quel virtuoso e costituzionalmente compatibile compromesso fra le istanze di certezza e prevenzione.” Cfr. L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, University Press 2014, pag. 239 ss.

²⁸ F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in rema di circostanze del reato*, Milano 1997, pag. 333.

²⁹ La distinzione comprende un'ultima categoria di “criteri inutili”, di cui fanno parte tutti quelli non proponibili o obsoleti, cfr. F. BASILE, *op. cit.*, pag. 24; una simile classificazione dei criteri, posti in un rapporto di gerarchia fondato su un terreno normativo da cui vengono estrapolati, direttamente quelli forti e indirettamente quelli deboli, viene delineata già da R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano 1988, pag. 32.

3.1.1. *Criteri forti.*

I criteri forti indicano quando una fattispecie possa qualificarsi come reato autonomo ovvero integri una circostanza in senso tecnico in modo altamente persuasivo. Il primo criterio forte è il rapporto di specialità tra la disposizione dubbia e un'altra fattispecie di reato. La presenza di ulteriori elementi accidentali rispetto al reato-base integra il rapporto di specialità³⁰, che, pur essendo condizione necessaria per individuare una circostanza, non è di certo sufficiente³¹. Un secondo criterio forte riguarda la formula utilizzata dal Legislatore per determinare la pena prevista dalla fattispecie dubbia³². Qualora dovessero ricorrere espressioni che facciano riferimento all'aumento o diminuzione di pena, senza che si stabilisca il *quantum*, questo criterio forte si trasforma in "un indizio univoco della voluntas legis in ordine alla qualificazione circostanziale o essenziale del fatto"³³. L'ultimo criterio forte è il rinvio esplicito alla disciplina del bilanciamento delle circostanze ex art. 69 c.p., in presenza del quale è indubitabile che si tratti di una circostanza³⁴.

3.1.2. *Criteri deboli.*

I criteri vengono definiti deboli quando possono fornire solo *indicazioni orientative*³⁵. Intervengono esclusivamente in via subordinata, allorché la valutazione attraverso i criteri forti non abbia fugato ogni dubbio, e solo cumulativamente³⁶, nel senso che, presi singolarmente, non forniscono all'interprete indicazioni sufficienti sulla natura giuridica della disposizione. Di seguito verranno indicati solo quelli che assumono significato per la questione in esame.

Il primo è rappresentato dalla descrizione *per relationem* della fattispecie dubbia. Secondo tal criterio, quando la disposizione rinvia in maniera esplicita a un'altra fattispecie, ci si troverebbe di fronte a una circostanza, ammesso che possa essere individuato il rapporto di specie a genere tra le due³⁷. Non è escluso che, nonostante il riferimento al reato-base, si tratti di

³⁰ In questo senso la sentenza Fedi, Corte di Cassazione n. 221663 del 2002; per la manualistica, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, IV ed. 2012, pag. 491; C. S. FIORE, *Diritto Penale – Parte Generale*, pag. 422; F. MANTOVANI, *Diritto Penale – Parte Generale*, IX ed. 2015, pag. 401; F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, XIII ed. 1994, pag. 401; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale – Parte Generale*, pag. 438; cfr. inoltre F. BASILE, *op. cit.*, pag. 24; contrario all'attendibilità di tale criterio T. PADOVANI, *op. cit.*, pag. 195, il quale afferma che il rapporto di specialità tra reato-base e circostanza "non costituisce propriamente un criterio, ma il presupposto stesso del problema da risolvere"; nello stesso senso A. MELCHIONDA, *op. cit.*, pag. 571.

³¹ Sussistono nel nostro ordinamento fattispecie che si pongono in termini di genere a specie, la cui natura giuridica integra indiscutibilmente un reato autonomo e non una circostanza: è il caso dell'infanticidio ex art. 578 rispetto al reato di omicidio ex art. 575. La Cassazione, nella sentenza Fedi summenzionata, ricorda il carattere non sufficiente del criterio della specialità, facendo l'esempio del delitto (autonomo) di oltraggio a magistrato in udienza ex art. 343 c.p., in rapporto di specie a genere con la fattispecie generale del reato di ingiuria ex art. 594 c.p. (abrogata dall'art. 1 del D.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7). Proseguendo, la Corte precisa "che non esiste alcuna differenziazione ontologica tra elementi costitutivi (o essenziali) e elementi circostanziali (o accidentali) del reato, atteso che questi elementi si possono distinguere solo in base alla disciplina positiva che ne stabilisce il legislatore". Cfr. Corte di Cassazione n. 221663 del 2002.

³² Come si vedrà nel paragrafo successivo, l'espressione "la pena è aumentata" ricorre durante i vari passaggi parlamentari della disposizione in esame, anche se poi verrà abbandonata.

³³ Con queste parole la Corte di Cassazione nella sentenza Fedi. Per calcolare il *quantum* di pena si considerano gli artt. 64 e 65 c.p., i quali, facendo esplicito riferimento alle circostanze, ci consentono di qualificare la fattispecie dubbia in termini di circostanza. Cfr. F. BASILE, *op. cit.*, pag. 25; v. anche T. PADOVANI, *op. cit.*, pag. 196; R. GUERRINI, *op. cit.*, pag. 35.

³⁴ Cfr. F. BASILE, *op. cit.*, pag. 27; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, pag. 491; già T. PADOVANI, *op. cit.*, pag. 197.

³⁵ Con queste parole F. BASILE, *op. cit.*, pag. 27;

³⁶ Già R. GUERRINI, *op. cit.*, pag. 44; v. anche F. BASILE, *op. cit.*, pag. 28.

³⁷ In questi termini si esprime la Corte di Cassazione nella sentenza Fedi più volte richiamata. Le Sezioni Unite si sono ritrovate a dover stabilire di che natura giuridica fosse l'art. 640-bis c.p. – *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche* – rispetto al reato di cui all'art. 640 c.p. – *Truffa*. Dopo avere precisato che il criterio *per relationem* non può considerarsi assoluto ai fini della qualificazione giuridica di una disposizione in termini di circostanza, i giudici riconoscono, e attraverso tale criterio giudicano l'art. 640-bis c.p. come circostanza aggravante dell'art. 640 c.p. Il ragionamento della Corte si sviluppa partendo da alcuni esempi, tra cui l'art. 251 c.p. – *l'inadempimento di contratti di forniture in tempo di guerra*. Il comma 2 dell'art. 251 c.p., rinviando al I comma, dimezza le pene qualora il fatto sia commesso con colpa. Siccome il Legislatore ha accompagnato la descrizione *per relationem* del II comma dell'art. 251 c.p. a un elemento non accidentale, bensì costitutivo del reato, egli ha volutamente inserito due diverse fattispecie autonome: la prima dolosa, la seconda colposa. In tal modo la Corte sostiene che l'art. 640-bis c.p. sia una circostanza aggravante dell'art. 640 c.p., poiché il primo non prevede nessun elemento fondamentale per la configurazione di un'autonoma fattispecie, e il rinvio si fonda su un rapporto di specialità tra le due disposizioni. Quindi, se in presenza del rapporto di specie a genere – criterio forte – la disposizione dubbia venisse descritta *per relationem* – criterio debole – si tratterebbe di circostanza, sempre che non sussista un ulteriore elemento nella disposizione dubbia che possa qualificarsi come elemento costitutivo; in disaccordo con la sentenza appena descritta, facendo attenzione al *nomen iuris* delle due disposizioni ad esame, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, pag. 492.

una fattispecie autonoma³⁸. Rappresenterebbe, pertanto, un *significativo indizio*³⁹ che depone a favore della natura giuridica circostanziale della disposizione dubbia.

Un secondo criterio debole è rappresentato dalla collocazione topografica della fattispecie dubbia. Se quest'ultima fosse descritta all'interno della stessa norma del reato-base cui fa riferimento, si potrebbe allora supporre che si tratti di circostanza⁴⁰.

Rimane la possibilità di rifarsi all'*intentio legis*. Tuttavia, come emergerà nel prossimo paragrafo, i dubbi, prima ancora di riguardare la fattispecie, ben potrebbero essere a monte e caratterizzare le stesse intenzioni del Legislatore.

3.1.3. *Implicazioni in caso di circostanza aggravante.*

Dalla qualificazione della natura giuridica in un senso o nell'altro, discendono una serie di implicazioni. Per quanto riguarda la disposizione in esame, queste incidono enormemente sull'esito e sulle modalità di contrasto al negazionismo. Gli effetti più significativi investono, innanzitutto, il bilanciamento ex art. 69 c.p., a cui accedono solo le circostanze. Se il nuovo comma 3-bis avesse introdotto un'aggravante di negazionismo, questa sarebbe soggetta ad un confronto/scontro con eventuali attenuanti, che potrebbe portare alla disapplicazione degli aumenti di pena previsti. Altre due implicazioni riguardano il *locus commissi delicti* e i criteri di imputazione della responsabilità. Nello specifico, per quanto riguarda la prima, bisogna porre attenzione alla questione della diffusione di opinioni negazioniste a mezzo Internet. Al di là delle complicazioni che sorgono in riferimento alle concrete possibilità di reprimere il fenomeno – sulle quali bisognerebbe riflettere già a livello politico-criminale prima ancora che giuridico-sostanziale – è necessario sciogliere i dubbi riguardanti la natura giuridica della fattispecie. Nel caso in cui il negazionismo venisse contrastato attraverso un'autonoma fattispecie di reato, qualora la condotta si realizzasse in tutto o in parte sul territorio italiano, ad esempio attraverso la pubblicazione su un sito italiano di tesi negazioniste, tale fatto di reato determinerebbe con certezza il *locus commissi delicti*, trovando così applicazione la legge penale italiana in conformità all'art. 6 c.p. Se si trattasse di circostanza aggravante, l'opinione negazionista non potrebbe essere perseguita penalmente, se non in quanto oggetto della circostanza di un reato-base che pure deve essersi realizzato sul territorio dello Stato italiano⁴¹. Se invece venisse posta in essere al di fuori del territorio italiano, questa non potrebbe aggravare il reato-base che si fosse realizzato in Italia.

La seconda implicazione, come poc'anzi precisato, riguarda l'imputazione della responsabilità. Le circostanze aggravanti si imputano al soggetto agente solo *se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa*. La normativa introdotta in Italia per combattere il negazionismo, non si vincola ai soli crimini conclamati⁴² e ampiamente conosciuti. In taluni casi, la propaganda di idee fondata sull'odio razziale, etnico, religioso o nazionale potrebbe essere aggravata dalla negazione di crimini internazionali, solo se il soggetto agente fosse stato consapevole della falsità delle sue asserzioni, e quindi fosse stato a conoscenza del fatto che gli eventi da lui negati, abbiano in realtà avuto luogo; ovvero, nel caso in cui non avesse potuto rendersi conto della realtà di tali eventi, e l'ignoranza di questi sia il frutto di un errore per colpa a lui imputabile. Se si trattasse di reato autonomo, la negazione sarebbe imputabile solo a titolo di dolo⁴³.

³⁸ Cfr. F. BASILE, *op. cit.*, pag. 30; v. anche la Cassazione, che nella nota sentenza Mills del 21 aprile 2010, non mette in discussione la natura autonoma del reato di cui all'art. 319-ter, nonostante questo operi un rinvio esplicito ai precedenti artt. 318 e 319 c.p. e si ponga in rapporto di specialità con questi.

³⁹ Con queste parole R. GUERRINI, *op. cit.*, pag. 64.

⁴⁰ Così F. BASILE, *op. cit.*, pag. 31; R. GUERRINI, *op. cit.*, pag. 61, definisce tale criterio "un limitatissimo argomento interpretativo".

⁴¹ Così non è stato per il caso *Töben* in Germania. Nel 2000 è stato condannato un cittadino australiano per aver pubblicato, sul suo sito Internet in Australia, opinioni negazioniste. Il BGH ha ritenuto di avere piena giurisdizione, poiché il materiale era visualizzabile in Germania. Cfr. U. SIEBER, *Cybercrime and Jurisdiction in Germany. The Present Situation and the Need for new Solutions*, in *Cybercrime and Jurisdiction. A Global Survey*, edited by KOOPS-BRENNER, 2006, pag. 201 ss.; cfr. anche F. KÖRBER, *Rechtsradikale Propaganda im Internet – der Fall Töben*, Berlin 2003, pag. 140 ss.

⁴² Durante i lavori parlamentari si è utilizzato questo aggettivo per cercare di restringere la portata della norma, senatore Lo Giudice pag. 108, Seduta n. 108 della II Commissione Permanente del 29 aprile del 2014; anche il senatore Buemi pag. 710, Seduta n. 387 del 10 febbraio 2015. Entrambi gli interventi in Fascicolo Iter DDL S. 54.

⁴³ Sull'elemento soggettivo v. *infra* § 4.2.

3.2. *Il DDL n. 54 e le sue successive modifiche: l'iter legislativo e valutazioni critiche alla luce dei criteri appena descritti.*

La disposizione riguardante il negazionismo, così come approvata dalla Camera lo scorso 8 giugno 2016, vanta una storia parlamentare relativamente lunga. Le Camere hanno lavorato per più di 3 anni sul testo e, prima di licenziare il testo definitivo, sono state apportate cospicue modifiche, anche al fine di trovare un compromesso tra diverse esigenze.

3.2.1. *(segue) fase preliminare: Disegno di legge originario e prima proposta da parte della Commissione Giustizia al Senato.*

Il primo passo si compie il 15 marzo 2013, quando al Senato della Repubblica viene presentato il Disegno di legge n. 54 in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. L'obiettivo del DDL era quello di introdurre una modifica dell'art. 3 della legge n. 654/1975, attraverso una nuova lettera *b-bis*), da aggiungere al comma 1. Sarebbe stato punito:

con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 10.000 euro chiunque pone in essere attività di apologia, negazione, minimizzazione 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, o 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.

Tralasciando la seconda parte del testo, che esula dall'oggetto dell'analisi, pur rimanendone intrinsecamente connessa⁴⁴, il DDL recepisce in pieno la Decisione Quadro 2008/913/GAI, sia in ordine al fatto da criminalizzare, sia per quanto riguarda l'aspetto sanzionatorio⁴⁵. È da notare che, a differenza della Decisione Quadro appena richiamata, non era fatto esplicito riferimento all'Olocausto⁴⁶. Alla luce dei criteri sopra indicati, si sarebbe trattato, senz'ombra di dubbio, di una nuova fattispecie autonoma di reato.

Il testo viene rimaneggiato dalla II Commissione Permanente del Senato, che non solo ne stravolge il contenuto, ma propone l'inserimento del reato di negazionismo all'interno del codice penale, e precisamente nell'art. 414 c.p. che disciplina l'istigazione a delinquere. L'art. 1 del testo di modifica proposto dalla II Commissione permanente il 15 ottobre 2013 recita:

All'articolo 414 del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) dopo il terzo comma è inserito il seguente: «*La pena di cui al primo comma, numero 1), si applica a chiunque nega l'esistenza di crimini di genocidio o contro l'umanità o di guerra*»;
- b) l'ultimo comma è sostituito dal seguente: «*Fuori dei casi di cui all'articolo 302, se l'istigazione o l'apologia di cui ai commi precedenti riguarda delitti di terrorismo, crimini di genocidio, crimini contro l'umanità o crimini di guerra, la pena è aumentata della metà*».

⁴⁴ Sul legame tra terrorismo e negazionismo v. *infra* § 3.2.4

⁴⁵ L'art. 1 comma 1 let. c) della Decisione Quadro del 2008 chiede agli Stati membri di criminalizzare l'*apologia*, la *minimizzazione grossolana* e la *negazione* dei crimini previsti dallo Statuto della Corte internazionale agli artt. 6, 7 e 8 (alla let. d) dello stesso comma anche dell'Olocausto), con una pena fino a tre anni di reclusione. Tuttavia, la Decisione Quadro subordina tali condotte alla sussistenza dell'istigazione alla violenza o all'odio nei confronti del gruppo o del membro del gruppo cui la condotta si rivolge per finalità discriminatorie, cosa che non era presente nel testo originario del DDL n.54.

⁴⁶ Dalla relazione allegata al DDL si evince, tuttavia, che i Senatori promotori della modifica avevano in mente proprio la lotta al negazionismo dell'Olocausto. Atti del Senato, Testo DDL n. 54 pag. 2.

Si noti che la condotta di minimizzazione non è più richiamata⁴⁷. Quella di apologia assume un significato diverso, distaccandosi dalla condotta di negazione e andando incontro a una forbice edittale più severa⁴⁸. L'art. 414 c.p. disciplina, tutt'oggi, l'apologia di reato, prevedendo un incremento di pena qualora la stessa abbia ad oggetto i delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità. La modifica avrebbe esteso l'oggetto della condotta di apologia anche ai crimini di genocidio e ai crimini di guerra. Anche la nuova proposta della II Commissione Permanente integra gli estremi di un'autonoma fattispecie di reato, con pene più gravi di quelle previste dal DDL originario.

Il testo sarà ulteriormente modificato, avendo suscitato non poche opinioni contrarie già all'indomani della sua approvazione⁴⁹. Le contestazioni si spingono fino a raggiungere tentativi di totale soppressione della nuova disposizione che si intendeva introdurre, o di parziale trasformazione della stessa, ancorando, ad esempio, la condotta di negazione al solo genocidio degli ebrei⁵⁰. Gli altri aspetti rilevanti si concentrano sul requisito della pubblicità che la condotta avrebbe dovuto avere, rischiando, altrimenti, di criminalizzare anche "opinioni espresse durante una conversazione salottiera"⁵¹. Un ultimo profilo di riflessione si è incentrato sulla possibilità di limitare ulteriormente le carenze di tassatività⁵², vincolando la condotta di negazione al dolo specifico dell'incitamento all'odio o alla violenza per motivi di discriminazione razziale, etnica o religiosa⁵³.

3.2.2. *(segue) prima proposta del Senato: AS-54 approvato l'11 febbraio 2015.*

Dopo quasi due anni⁵⁴, la II Commissione Permanente, con il chiaro intento di evitare l'introduzione di un reato autonomo di opinione⁵⁵, tornerà sul testo, approvandone un'altra versione il 17 giugno 2014, poi fatta propria dal Senato l'11 febbraio 2015:

1. All'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) al comma 1, lettera a), dopo le parole: «ovvero istiga» è inserita la seguente: «pubblicamente»;
- b) al comma 1, lettera b), dopo le parole: «in qualsiasi modo, istiga» è inserita la seguente: «pubblicamente»;
- c) dopo il comma 3 è aggiunto il seguente: «3-bis. Per i fatti di cui al comma 1, lettere a) e b), e al

⁴⁷ Durante i lavori parlamentari, la senatrice Capacchione, esprime perplessità in merito alla condotta di minimizzazione. Richiama alla memoria il pensiero del senatore Della Seta in riferimento al DDL 3511 presentato al Senato l'8 ottobre 2012. In quella sede l'ex senatore Della Seta, storico ed ebreo, si dichiarò contrario all'introduzione del reato di negazionismo, ponendo attenzione alla condotta di minimizzazione. Non solo sarebbe stata fissata per legge la realtà della Shoah, ma la sua stessa dimensione. Il DDL 3511, tuttavia, recava la firma anche della senatrice Rita Levi Montalcini, anch'essa di origini ebraiche. Il fatto viene ricordato dal senatore Malan durante la fase dei lavori in seconda lettura al Senato. Per l'intervento della senatrice Capacchione, v. il Fascicolo Iter DDL S. 54 pag. 33; sull'intervento dell'ex senatore Della Seta, v. il [Resoconto sommario](#) n. 359 del 20 novembre 2012; per un suo intervento sul tema, v. [questa pagina web](#); infine, per il riferimento del senatore Malan alla figura di Rita Levi Montalcini, v. Fascicolo Iter DDL S. 54B pag. 133.

⁴⁸ Si ricorda che nell'ordinamento italiano è già prevista una norma che incrimina la pubblica istigazione e l'apologia di genocidio con una pena alla reclusione da tre a dodici anni. Si tratta della legge n. 962 del 1967.

⁴⁹ Per una complessiva valutazione da parte dei Senatori in riferimento al testo approvato dalla II Commissione Permanente il 15 ottobre 2013, v. il Fascicolo Iter DDL S. 54 pag. 58 ss.

⁵⁰ Ci si riferisce agli emendamenti del senatore Giovanardi, cfr. Fascicolo Iter DDL S. 54 pag. 107 ss.; il senatore Lo Giudice si esprime nel senso di ancorare la negazione penalmente rilevante a crimini conclamati, cfr. Fascicolo Iter DDL S. 54 pag. 108.

⁵¹ Le parole sono della senatrice Capacchione, in Fascicolo Iter DDL S. 54 pag. 60.

⁵² Sui problemi legati alla carenza di tassatività del reato di negazionismo, si era già pronunciato il senatore Buemi, in riferimento al DDL originario, v. Fascicolo Iter DDL S. 54 pag. 50.

⁵³ Così il senatore Lo Giudice, già la senatrice Capacchione nella seduta del 16.10.2013, e nella stessa occasione il senatore Casson. Per questi e altri interventi v. Fascicolo Iter DDL S. 54.

⁵⁴ È il caso di ricordare che durante i lavori al Senato, è intervenuto un importante atto "riassuntivo" della Commissione Europea. Il 27 gennaio 2014 la Commissione ha trasmesso al Parlamento Europeo la Relazione COM (2014) 27, avente ad oggetto l'attuazione della Decisione Quadro 2008/913/GAI nei singoli Paesi membri. La Commissione, valutata la situazione generale in Europa, giunge alla conclusione che nella lotta al negazionismo ancor poco è stato fatto. Nell'ultima nota si ricorda che in forza del protocollo n. 36, articolo 10, del trattato di Lisbona, i procedimenti di infrazione per le decisioni quadro non attuate, non possono essere avviati prima del 1° dicembre 2014. In seguito a ciò, il Senato, dopo aver ricordato il ruolo giocato dall'UE nella lotta al razzismo e alla xenofobia, sottolinea gli obblighi derivanti dalla Decisione Quadro 2008/913/GAI e ricorda che in base alle procedure previste dal TFUE e del Protocollo n. 36, l'Italia, data la sua quasi totale non attuazione di detta Decisione Quadro, sarà passibile di procedura di infrazione. Suggerisce, quindi, di essere celeri nell'adozione di un atto, magari unico, che recepisca la normativa europea. Cfr. [Risoluzione della 14ª Commissione](#), 9 luglio 2014.

⁵⁵ Cfr. Relazione del Senato 54-A/R.

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».

2. All'articolo 414, primo comma, numero 1, del codice penale, la parola: «cinque» è sostituita dalla seguente: «tre».

Mentre attraverso il primo comma si apportavano modifiche all'art. 3 della legge n. 654 del 1975, con il secondo comma si voleva modificare l'art. 414 c.p., riducendo il limite edittale massimo della pena detentiva prevista da 5 a 3 anni. La *ratio* va rintracciata nella necessità di dare coerenza al sistema. Il comma 1 dell'art. 3 l. 654/1975 si apre con la formula *salvo che il fatto costituisca più grave reato*. Considerata la cornice edittale dell'art. 414 c.p., che prevede una pena fino a 5 anni di reclusione, la disposizione concernente il negazionismo, che sarebbe stata disciplinata dal comma 3-bis dell'art. 3 l. 654/1975, non avrebbe mai trovato applicazione⁵⁶.

L'altra modifica che il Senato ha cercato di introdurre, prevedeva che la condotta di istigazione a commettere atti di discriminazione razziale, prevista dalla lettera a) co. 1 Art. 3 della legge n. 654 del 1975, così come anche la condotta di istigazione a commettere atti di violenza, prevista dalla successiva lettera b), fossero entrambe contestualizzate attraverso l'utilizzo dell'avverbio *pubblicamente*⁵⁷. Porre la natura pubblica della condotta di istigazione come condizione necessaria ai fini della punibilità, avrebbe sicuramente contribuito a ridimensionare la portata della disposizione ex art. 3 co. 1 l. 654/1975⁵⁸, e avrebbe comportato la depenalizzazione di tutte le condotte di istigazione *non pubbliche* e la retroattività delle nuove disposizioni, in applicazione del principio del *favor rei*⁵⁹.

Passando al nucleo centrale della disposizione, il nuovo comma 3-bis, così come approvato in prima lettura dal Senato, avrebbe introdotto un'aggravante e non un'autonoma fattispecie penale⁶⁰. Più nel dettaglio: il nuovo comma 3-bis soddisfa il criterio debole della collocazione topografica; sussiste, sin da subito, un rinvio *per relationem* ai commi precedenti, nei cui confronti il nuovo elemento della negazione si sarebbe posto in termini di accidentalità, confermando anche il rapporto di specialità tra le due disposizioni; infine, ricorre l'espressione *la pena è aumentata*, che depone a favore dell'esistenza di una circostanza aggravante.

3.2.3. (segue) controproposta della Camera: AC-2874 approvato il 13 ottobre 2015.

Giunto alla Camera, il provvedimento subisce ulteriori modifiche. Da una parte, viene accolta positivamente la trasformazione da reato autonomo a circostanza aggravante⁶¹, dall'altra

⁵⁶ Su tale circostanza si rifletterà anche alla Camera, cfr. A.C. 2874 Dossier n° 291 del 15 aprile 2015, pag. 3.

⁵⁷ Cfr. Atti del Senato, Relazione 54-A/R presentata alla Presidenza il 4 luglio 2014; per uno sguardo più approfondito sui lavori della Commissione Giustizia sulla questione del requisito della pubblicità, v. il Fascicolo Iter DDL S. 54 pag. 56 ss.

⁵⁸ Il fatto che la legge n. 654 del 1975 si ponga ai limiti della costituzionalità, data la sua incidenza sulla libertà di espressione, ha spinto la giurisprudenza, sin da sempre, a interpretare suddetta disposizione in senso costituzionalmente conforme. La cavillosità terminologica, riguardante il significato e l'estensione delle condotte criminalizzate, è dovuta proprio a far sì che l'intervento penale, volto a tutelare importanti valori costituzionali, non ne violi altri. In una recentissima sentenza la Cassazione ha avuto modo di precisare, per l'ennesima volta (cfr. sentenze Cassazione n. 13234/2008, 37581/2008, 25184/2009, 41819/2009, 20508/2012, 47894/2012), in cosa consistono i concetti rinvenibili dal testo dell'art. 3 comma 1 legge n. 654/1975, quali la propaganda di idee, l'odio razziale o etnico e la discriminazione per motivi razziali. Cfr. sentenza Cass. n. 36906 del 2015. Restano, tuttavia, nonostante gli sforzi della Corte, concetti dai confini estremamente labili, di non semplice e univoca interpretazione. A questo proposito, particolarmente significativa è una sentenza del Tribunale di Roma sez. VI, che, in coerenza con le linee interpretative della Corte di Cassazione, si è pronunciato per l'assoluzione dell'imputato. La sentenza è particolarmente interessante, poiché ha ad oggetto la negazione dell'Olocausto. Secondo tale pronuncia, *riportare tesi negazioniste dell'Olocausto in modo asettico, senza utilizzare termini indicativi della superiorità del popolo ariano e senza manifestare odio verso il popolo ebraico non integra il reato di cui al comma 1 let. a) art. 3 l. n. 654/1975.* Cfr. anche PAVICH-BONOMI, *op. cit.*, pag. 9.

⁵⁹ Atti della Camera, A.C. 2874 Dossier n. 291 del 15 aprile 2015, pag. 3; cfr. anche G. L. GATTA, *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2015.

⁶⁰ Per un'interessante riflessione sulla circostanza aggravante che il Senato aveva approvato in prima lettura, cfr. D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *questa Rivista*, 4/2015, pag. 325 ss.

⁶¹ Sul punto, nel fare il resoconto dello stato degli atti, si esprime la deputata Donatella Ferranti in apertura dell'esame della Commissione Giustizia sul provvedimento, il 16 aprile 2015 *«[...] la nuova formulazione ha inteso ovviare sia alle perplessità e criticità emerse nel corso del dibattito sul rischio di introdurre un mero reato di opinione, sia alla necessità di elaborare un testo in grado di contemperare le esigenze poste dalle fonti internazionali ed europee in materia di contrasto del negazionismo con quelle della tutela della libertà di espressione del pensiero di cui all'articolo 21 della Costituzione»*, in Atti della Camera, Resoconto della II Commissione Giustizia del 16 aprile 2015, pag. 56.

non tardano le prime iniziative di modifica, volte a “migliorarne” il contenuto, *rectius* “adattarlo” ad altre esigenze recepite dall’ordinamento negli ultimi tempi⁶². Il testo approvato in prima lettura 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».

In relazione al testo precedente, è possibile distinguere due tipologie di modifica: soppressive e aggiuntive. Le prime riguardano, da un lato, la soppressione dell’avverbio *pubblicamente*, che si voleva introdurre per qualificare le condotte di cui al comma 1 lettere a) e b); e, dall’altro, la scelta di non incidere sulla struttura dell’art. 414 c.p. Entrambe le modifiche soppressive si spiegano con la generale e più recente portata di quest’ultima disposizione. Il Senato, come visto nel paragrafo precedente, intendeva dare maggior coerenza al sistema sul piano sanzionatorio⁶³, riducendo il limite edittale massimo della pena prevista dall’art. 414 c.p. da 5 a 3 anni.

Il 18 febbraio 2015 è stato promulgato il decreto legge n. 7, trasformato poi in legge in aprile⁶⁴, per perfezionare gli strumenti di prevenzione e contrasto del terrorismo⁶⁵. È stato previsto un inasprimento delle pene in riferimento a nuove modalità di realizzazione delle condotte già disciplinate dall’art. 414 c.p. In seguito alle modifiche introdotte al III e IV comma del art. 414 c.p., qualora la condotta di istigazione fosse posta in essere attraverso strumenti informatici o telematici, la pena è aumentata fino a due terzi se l’istigazione o l’apologia riguarda crimini di terrorismo. L’esigenza di combattere questo fenomeno sempre più allarmante, anche alla luce dei recenti gravissimi episodi verificatisi all’estero⁶⁶, si è tradotta, sul piano del contrasto al negazionismo, in un *dietrofront*, funzionale a garantire la coerenza del sistema in considerazione di una pluralità di interventi normativi⁶⁷.

La Commissione Affari Costituzionali si è dichiarata favorevole all’adozione di misure volte a contrastare il negazionismo, avanzando però talune osservazioni contenute in due differenti pareri. Il primo riguarda la discrasia che il ridimensionamento del regime edittale previsto dall’art. 414 c.p. avrebbe determinato rispetto alle modifiche apportate nei mesi precedenti allo stesso articolo per il tramite del decreto legge di cui sopra. Attraverso il secondo parere, la Commissione Affari Costituzionali fa notare un’ulteriore antinomia riguardante l’art. 414 c.p. e le modifiche proposte dal Senato. Si tratta dell’avverbio *pubblicamente*, che si intendeva introdurre al fine di delimitare la rilevanza penale delle condotte previste dall’art. 3 comma I lett. a) e b). Sembrerebbe che dalla prima modifica soppressiva discenda anche la seconda. Il rapporto di dipendenza si basa esattamente sul rapporto che intercorre tra l’art. 414 c.p. e l’art. 3 della legge 654/1975. Quest’ultimo si porrebbe in termini di specialità rispetto al primo, che criminalizza l’istigazione *pubblica* e generale a commettere delitti. Considerato che la proposta avanzata dal Senato, di voler ridurre il limite edittale massimo dell’art. 414 c.p., si indirizzava proprio nel senso di una maggior coerenza tra le due disposizioni, e che tale modifica è stata ritenuta inopportuna per contrasto con le nuove esigenze di lotta al terrorismo, la modifica che avrebbe attribuito rilevanza penale alla sola istigazione *pubblica*, di cui alla lett. a) e b) del I comma art. 3 l. 654/1975, soggiace alla stessa inopportunità. Atteso che

⁶² Si tratta della lotta al terrorismo. Tuttavia, altre esigenze, riguardanti l’aspetto giuridico-sistematico piuttosto che quello politico-criminale, sono state pure costantemente avanzate. Ci riferiamo all’opportunità di ricondurre la disposizione riguardante il negazionismo, sempre in termini di aggravante, all’interno del codice penale, e precisamente all’art. 414 c.p. Le proposte avanzate in questo senso facevano appello a una esigenza di “riserva di codice, in modo che il cittadino possa sapere con assoluta certezza quello che è vietato e quello che non è vietato senza andarsi a scartabellare poi tutte le leggi speciali”, v. Vittorio Ferraresi, Resoconto stenografico dell’Assemblea Seduta n. 500 di lunedì 12 ottobre 2015, pag. 7.

⁶³ Cfr. II Commissione Permanente al Senato, Relazione 54-A/R.

⁶⁴ Legge 17 aprile 2015 n. 43.

⁶⁵ Così nel preambolo del Decreto.

⁶⁶ *Ivi*.

⁶⁷ Cfr. paragrafo successivo § 3.2.4.

il regime sanzionatorio previsto dall'art. 414 c.p. non poteva essere alleggerito per non dare un *segnale sbagliato*⁶⁸, se fosse rimasto l'avverbio *pubblicamente* per circoscrivere l'istigazione ex art. 3 comma 1 l. 654/1975, l'incoerenza tra le due disposizioni si sarebbe manifestata sul versante delle condotte criminalizzate. L'ordinamento avrebbe punito la *pubblica* istigazione a commettere delitti, attraverso due differenti disposizioni – l'art. 414 c.p. e l'art. 3 l. 654/1975, prevedendo regimi sanzionatori diversi. Sopprimendo tale modifica, si è ridimensionata tale contraddizione, sospettata di irragionevolezza. L'art. 414 c.p. prevede pene più severe, poiché, riferendosi all'istigazione pubblica, sussiste un carico di offensività maggiore rispetto al comma 1 lett. a) e b) art. 3 l. 654/1975, che ha per oggetto condotte diverse, *non pubbliche*, punite pertanto con sanzioni meno severe.

Infine, passando alla modifica aggiuntiva, questa puntava a migliorare la norma sul fronte della sua carente determinatezza. Molto si è detto durante i lavori preparatori circa la necessità di precisare la tipologia di crimini cui viene fatto riferimento, al fine di non dover impegnare il giudice italiano in impossibili accertamenti di fatti per lui inaccessibili⁶⁹. Si era per questo deciso di ancorare tali crimini anche sul piano fattuale, *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*⁷⁰.

Il testo modificato dalla Camera, rimanendo sostanzialmente uguale nella struttura a quello approvato in prima lettura dal Senato, avrebbe introdotto una circostanza aggravante⁷¹.

3.2.4. (segue) dal Terrorismo al Negazionismo: l'emendamento 1.401.

Il successivo passaggio in Senato costituisce una fase cruciale per il testo definitivamente approvato. Prima di porre attenzione alle modifiche introdotte, è necessario, per evitare equivoci, svolgere una precisazione sul nome di questo paragrafo. Non si tratta di confrontare i due fenomeni, ma si intende mettere in rilievo quanto la lotta al terrorismo abbia influito sull'introduzione del reato di negazionismo. Inoltre, l'analisi condotta fino a questo momento si è riferita ai lavori parlamentari solo per giustificare una nota o precisare una posizione. Per quanto riguarda il paragrafo che segue, i lavori parlamentari ne costituiscono l'oggetto principale. Detto ciò, si indica immediatamente il testo passato al Senato il 3 maggio 2016, che sarà poi approvato definitivamente dalla Camera l'8 giugno 2016, e che costituisce la disposizione vigente:

All'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni, dopo il comma 3 è aggiunto il seguente:

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

Il testo stravolge sia quello precedentemente approvato dal Senato, sia quello poi modificato e approvato in prima lettura dalla Camera. Prima che questo venisse promulgato nella sua veste definitiva, la II Commissione Permanente aveva proposto un'ennesima versione il 26 aprile 2016⁷², che riprendeva sostanzialmente il disegno di legge AS-54, proposto dal Senato nel febbraio del 2015, con esclusione della modifica all'art. 414 c.p., già soppressa dalla Camera. Come precisato sopra, la Camera aveva abolito tale modifica per dare coerenza al sistema,

⁶⁸ In questi termini Walter Verini, in Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 500 di lunedì 12 ottobre 2015, pag. 5.

⁶⁹ Più volte sul punto Ferraresi, che afferma "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, pag. 37; pone attenzione al ruolo del giudice in rapporto alla Storia, che si viene a creare per via della disposizione in esame, E. FRONZA, *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, in *Parola alla difesa*, Fascicolo 1/2016, pag. 68.

⁷⁰ Di questo si parlerà più avanti, v. *infra* § 5.2.

⁷¹ Sul punto è necessario fare una precisazione. Il rapporto di specialità, a dire il vero, comincia a inclinarsi. Eliminato il carattere pubblico delle condotte di cui al comma 1 lett. a) e b) dell'art. 3 l. n. 654/1975, queste divergono da quelle del nuovo comma 3-bis, che disciplina ancora, nel testo di cui sopra, la *pubblica* istigazione e il *pubblico* incitamento.

⁷² Cfr. Atti del Senato, Relazione 54-C della II Commissione Permanente.

tenuto conto delle varianti apportate l'anno precedente all'art. 414 c.p. al fine di soddisfare le nuove esigenze di lotta al terrorismo. Emerge il primo collegamento tra il negazionismo e il terrorismo. Tali esigenze non hanno tuttavia interessato direttamente il nuovo comma 3-bis.

Tornando ai lavori in Senato, in questa fase si è venuta a creare una situazione paradossale, tanto da far sorgere anche questioni di correttezza formale delle procedure di votazione, così come disciplinate dal regolamento interno⁷³. Al testo proposto dalla II Commissione permanente, sul quale si era trovato un accordo quasi all'unanimità, soprattutto per quanto riguarda il requisito della *pubblicità* delle condotte⁷⁴, viene posto l'emendamento 1.401 che porta la firma del presidente della Commissione⁷⁵. Si tratta di un emendamento c.d. *canguro*⁷⁶, che introducendo una modifica essenzialmente sostitutiva dell'intero testo emendato, fa decadere tutti gli altri emendamenti che a tale testo si sarebbero riferiti, creandone uno *ex novo*⁷⁷. Viene fatta richiesta speciale ex art. 100 comma V del Regolamento del Senato, al fine di poter apporre sub-emendamenti all'emendamento 1.401. Diciassette sono i subemendamenti presentati, tutti orientati a delimitare una fattispecie la cui rilevanza penale sembra essere troppo estesa. Nessuno di questi viene approvato, e durante la seduta n. 619 del 3 maggio 2016, terminata la valutazione dei sub-emendamenti, viene votato e approvato l'emendamento 1.401 che, come anticipato, sostituirà completamente il testo proposto dalla II Commissione Permanente.

Possiamo dividere le questioni sorte e discusse in Assemblea in tre diversi ordini di problemi. Il primo concerne il regime sanzionatorio, notevolmente inasprito⁷⁸. Il secondo ha riguardato la portata della norma in considerazione dei crimini tutelati⁷⁹. In molti hanno fatto notare che la fattispecie ricomprendeva troppe e troppo diversificate tipologie di crimini⁸⁰. Lo Statuto di Roma del 1998 disciplina, agli artt. 6, 7 e 8, un numero elevato di fattispecie criminose. Ulteriori discussioni, sviluppate proprio per questo motivo, hanno investito l'equiparazione tra l'Olocausto e le tante altre fattispecie disciplinate dai crimini internazionali, senza aver previsto un regime sanzionatorio diverso⁸¹.

Le discussioni in merito al terzo tipo di problema, invece, si sono concentrate sulle modalità di esternazione della condotta, che costituisce la modifica sostanziale introdotta con l'emendamento 1.401, dalla quale derivano due ulteriori questioni tra loro connesse. Da un lato, il significato e la funzione dell'avverbio *pubblicamente*, che la Commissione Giustizia aveva nuovamente riproposto per delimitare l'area del penalmente rilevante delle condotte di base ex art. 3 comma I lett. a) e b); dall'altro, l'introduzione del concetto contenuto nella formula *concreto pericolo di diffusione*, con il quale si è voluto delimitare la rilevanza penale del negazionismo ex comma 3-bis.

Basterà a questo punto sintetizzare e commentare le dichiarazioni fornite dal proponente

⁷³ L'emendamento 1.401, sostituendo complessivamente il testo del disegno di legge, ha reso impossibile una valutazione del testo proposto dalla II Commissione Permanente, poiché, una volta emendato, non vi sarebbe la necessità di una nuova votazione. Ciò in ossequio al principio del *ne bis in idem*. Estremamente critico il senatore Malan, che afferma: "C'è il bis, ma non l'idem!" sottolineando la differenza sostanziale dei due testi. Nella stessa occasione il senatore D'Alì chiede la convocazione della Giunta per il Regolamento, per fare chiarezza sulla correttezza delle procedure che si stavano seguendo. Cfr. Seduta n. 619 del 03/05/2016, in Fascicolo Iter DDL S. 54-B.

⁷⁴ Per un'esauritiva sintesi dell'*iter* fino a quel momento percorso dalla disposizione in esame, basti leggere la relazione della senatrice Capacchione, pag. 130 ss., in Fascicolo Iter DDL S. 54-B; per il lavoro in Commissione Giustizia, *ivi* pag. 17-113.

⁷⁵ Dal gennaio 2016 il presidente della Commissione Giustizia al Senato è il senatore Vincenzo Mario Domenico D'Ascola.

⁷⁶ Lo definisce tale il senatore Palma, nella seduta n. 617 del 28 aprile 2016, in Fascicolo Iter DDL S. 54-B, pag. 168.

⁷⁷ Durante la prima seduta dell'Assemblea per esaminare il testo proposto dalla Commissione Giustizia, tenutasi in data 26 aprile 2016, viene fissato al giorno seguente alle ore 13:00 il termine entro cui presentare emendamenti. Dal momento che la discussione generale sarebbe cominciata senza conoscere gli emendamenti che sarebbero stati presentati il giorno seguente, viene richiesta dal senatore Candiani la sospensione dell'esame sul provvedimento ex art. 93 del Regolamento del Senato. La questione sospensiva non viene approvata, e di conseguenza si procede alla discussione generale che continuerà il 28 aprile 2016. In questa sede farà la sua comparsa l'emendamento 1.401, sul quale si incentrerà l'intera discussione al Senato. Cfr. Fascicolo Iter DDL S. 54-B, pag. 132 e 163.

⁷⁸ Cfr. intervento del senatore Palma alla seduta n. 617 del 28 aprile 2016, il quale oltre a sottolineare la severità delle pene, pone attenzione anche alla contraddizione delle cornici edittali previste per il negazionismo e il terrorismo. La pena prevista dal comma 3-bis è più elevata nel minimo e di poco inferiore nel massimo alla pena prevista per l'istigazione e apologia del terrorismo ex art. 414 IV c.p., in Fascicolo Iter DDL S. 54-B pag. 170 ss.

⁷⁹ Da questo punto di vista l'emendamento 1.401 non ha apportato modifiche. Sin dalla sua fase embrionale, sono stati sempre presi in considerazione i crimini internazionali previsti dallo Statuto di Roma. Il motivo delle lagnanze in questa sede, dipendono dalle altre modifiche apportate dall'emendamento 1.401. Estendendo la rilevanza penale in riferimento alla modalità di porre in essere le condotte, l'indeterminatezza dei crimini presi di riferimento diventa ancora più pericolosa.

⁸⁰ Le questioni sono state sollevate soprattutto per espugnare dalla norma il riferimento ai Crimini di guerra, cfr. gli emendamenti 1.401/7-8-9-14-17, Allegato B, in Fascicolo Iter DDL S. 54-B.

⁸¹ Estremamente critico sul punto il senatore Giovanardi, che a più riprese sottolinea l'assurdità di porre in relazione l'Olocausto e le fattispecie previste dall'art. 8 dello Statuto di Roma che disciplina i crimini di guerra. In uno dei suoi ultimi interventi, afferma che in tal modo si danneggerebbe la ricerca storica "annacquando l'Olocausto in altre migliaia di fattispecie che con esso non hanno nulla a che fare!", in Fascicolo Iter DDL S. 54-B, pag. 222.

l'emendamento 1.401. Secondo il senatore on. Prof. D'Ascola, gli "elementi qualificanti"⁸² tale emendamento sono da ricondurre alla "ben più evoluta e costituzionalmente orientata espressione: «in modo da cagionare concreto pericolo di diffusione»"⁸³. L'utilizzo di questa formula eliminerebbe la presunzione di pericolosità insita nel concetto espresso dall'avverbio *pubblicamente* o dall'aggettivo *pubblico*⁸⁴. Il fatto stesso che una condotta sia esternata in pubblico, non significa necessariamente che ciò determini un concreto pericolo di istigazione. Trovandosi "nel tema caldo che determina un intrecciarsi del reato di pericolo e del reato di opinione", si tratterebbe di un modo più *garantista* per punire quelle sole condotte capaci di ledere concretamente beni protetti. Tale formula, tuttavia, si pone in contrasto con il principio di legalità della norma penale, conferendo al giudice un più ampio margine di discrezionalità nell'accertamento delle condotte penalmente rilevanti. Che una condotta debba essere pubblica ai fini della sua rilevanza penale, può forse considerarsi un'esigenza "anacronistica"⁸⁵. L'avvento di Internet e lo sviluppo dei nuovi mezzi di comunicazione, sia in termini di *social networks* sia per quanto riguarda i dispositivi di ultima generazione attraverso i quali si accede alla rete, hanno definitivamente demolito il confine tra pubblico e privato⁸⁶.

L'idea che il *concreto pericolo di diffusione* rappresenti una garanzia in più rispetto al carattere *pubblico* di una condotta riesce vera solo in parte, qualora il giudice, cioè, si limiti a giudicare esclusivamente quelle condotte capaci concretamente di istigare. È altrettanto vero, tuttavia, che al giudice non si pone alcun limite negativo, oltre il quale non può andare senza invadere il campo del penalmente irrilevante. L'art. 266 c.p. definisce quando un reato debba considerarsi avvenuto *pubblicamente*, stabilendo così un limite legale per il giudice. L'eliminazione del requisito della *pubblicità* si risolve in una modifica meno *garantista*, poiché elusiva del principio di legalità. Per consentire un intervento in quelle situazioni recenti, legate al fenomeno del terrorismo, che il requisito della *pubblicità* avrebbe potuto rendere immuni dalla rilevanza penale, si è voluto eliminare tale limite. Intenzione ricavabile dagli stessi interventi del proponente l'emendamento 1.401, il quale, riferendosi alla formula *in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione*, afferma che tale espressione "[...] consente oggi, con il nemico alle porte – mi riferisco al terrorismo – di punire condotte che sfuggirebbero a una punibilità incentrata sull'aggettivo «pubblico»"⁸⁷.

Dal *concreto pericolo di diffusione*, previsto solo dal nuovo comma 3-bis, discendono ulteriori implicazioni che si riflettono sulle condotte base ex art. 3 comma I lett. a) e b). Non essendo più richiesto che si debbano porre in essere *pubblicamente*, né che dalle stesse debba derivarne un *concreto pericolo di diffusione*, la loro rilevanza penale non incontra limiti né legali né sostanziali. L'istigazione a commettere atti di discriminazione sarebbe penalmente rilevante anche qualora non fosse realizzata *pubblicamente*, a differenza dell'istigazione a commettere ben più gravi delitti, secondo quanto prevede l'art. 414 c.p., per la quale il requisito della *pubblicità* è un elemento costitutivo della fattispecie⁸⁸.

Forse sarebbe stato preferibile mantenere l'avverbio *pubblicamente* per le condotte base di cui alle lettere a) e b) del comma I, e l'aggettivo *pubblico* per le condotte previste dal nuovo comma 3-bis, ed eventualmente inserire la formula del *concreto pericolo di diffusione*, qualora tali condotte avessero avuto ad oggetto la negazione. In tal modo, oltre al limite negativo per il giudice, che avrebbe potuto giudicare le sole condotte manifestatesi *pubblicamente*, il negazionismo avrebbe assunto rilevanza penale solo se dalle condotte *pubblicamente* poste in essere sarebbe derivato *concreto pericolo di diffusione* dell'opinione negazionista. Una ripetizione forzata? Trattandosi di un fenomeno che non tutti ritengono di dovere contrastare con il diritto

⁸² Gli interventi del senatore D'Ascola sono consultabili alle pagine 163 ss. e 229 ss. in Fascicolo Iter DDL S. 54-B.

⁸³ Senatore D'Ascola; Già nel 1970 la Corte Costituzionale era intervenuta sul tema precisando 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 integra comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti", cfr. sentenza n. 65/1970; in questo senso anche sentenza n. 71/1978. In un'altra sentenza la Corte Costituzionale torna sull'art. 414 c.p. e dichiara incostituzionale la parte di questo articolo che puniva *chiunque pubblicamente istiga all'odio fra le classi sociali* data l'indeterminatezza della disposizione e i contrasti che si venivano a creare con l'art. 21 Cost. cfr. sentenza n. 108/1974.

⁸⁴ Il presidente D'Ascola fa complessivamente due interventi, attraverso i quali cerca di spiegare le ragioni dell'emendamento che porta la sua firma. Durante il primo si concentra sull'avverbio *pubblicamente* che avrebbe accompagnato le condotte base di cui al comma I lett. a) e b). Durante il secondo, invece, pone attenzione all'aggettivo *pubblico* che avrebbe caratterizzato le singole condotte richiamate dal comma 3-bis, quelle cioè fondate sulla negazione.

⁸⁵ Senatore D'Ascola, in Fascicolo Iter DDL S. 54-B, pag. 164.

⁸⁶ Sul confine tra pubblico e privato nella società di oggi, cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, 2013, pag. 118 ss.

⁸⁷ Senatore D'Ascola, in Fascicolo Iter DDL S. 54-B, pag. 230.

⁸⁸ Così il senatore Palma, Fascicolo Iter DDL S. 54-B pag. 170.

penale, l'utilizzo di una ripetizione avrebbe avuto il senso di un ulteriore restringimento della rilevanza penale esprimendo al contempo un maggior richiamo al principio di offensività e al volto costituzionale dell'illecito penale, considerato che la libertà di manifestazione del pensiero costituisce una *pietra angolare* dell'ordinamento democratico⁸⁹.

3.2.5. *La natura giuridica della disposizione definitivamente approvata.*

La disposizione resta disciplinata dal comma 3-bis dell'art. 3 l. 654/1975. Dunque, topograficamente, si colloca all'interno del reato-base, cui farebbe riferimento se fosse una circostanza. Viene a mancare, però, il rinvio *per relationem*. La fattispecie non fa più esplicito riferimento ai commi precedenti. Le condotte di propaganda, istigazione e incitamento sono espressamente indicate, dando per scontato che si tratti di quelle previste dal I comma. Inoltre, non si fa più uso della locuzione *la pena è aumentata*, che avrebbe ricondotto la disposizione alla categoria delle aggravanti. L'attuale fattispecie si apre con una forbice edittale particolarmente severa, determinata nel *quantum*. È vero che ciò non esclude, *a priori*, che si tratti di circostanza aggravante⁹⁰. Tuttavia, dalla lettura degli atti parlamentari emerge che già in quella sede più parti abbiano ritenuto che il testo, così come poi definitivamente approvato, avrebbe introdotto un titolo autonomo di reato⁹¹. In questa direzione sembra spingere anche il criterio forte del rapporto di specialità tra le condotte disciplinate dal comma 1, e il negazionismo di cui al comma 3-bis. La nuova disposizione, pur non rinviando *per relationem* al comma 1, prende come punto di riferimento tali condotte. Si istaura quindi un legame fra le due disposizioni dell'art. 3 l. 654/1975, che segnalano però l'esistenza di due condotte diverse. Sorgono di conseguenza degli interrogativi: è ancora possibile rinvenire un rapporto di specialità tra le due disposizioni? È nel caso di risposta affermativa, quale sarebbe l'elemento specializzante del comma 3-bis rispetto al I comma?

3.2.5.1. *Tentativi di risposta: l'elemento della negazione.*

Due sono gli elementi che potrebbero risultare specializzanti rispetto alle condotte previste dal comma 1 lett. a) e b) dell'art. 3 l. 654/1975. Il primo è indicato dall'espressione *si fondano in tutto o in parte sulla negazione*. Del secondo si parlerà nel paragrafo successivo.

Sin dal primo testo approvato al Senato, la negazione rappresenta un elemento accessorio della condotta di base. La formula *si fondano in tutto o in parte* non aiuta granché. Se la propaganda, l'istigazione o l'incitamento si fondano *in parte* sulla negazione, questa potrebbe rappresentare un elemento di specializzazione delle condotte di base. Se, invece, tali condotte di base si fondano *in tutto* sulla negazione, il che potrebbe significare che si identifichino con la negazione⁹², questa non sarebbe più un elemento di specializzazione, ma il substrato della condotta stessa.

Il verbo negare significa *il contrario di affermare, dichiarare il non vero, non ammettere una*

⁸⁹ Vedi introduzione.

⁹⁰ Per tutti, cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, pag. 196.

⁹¹ In questo senso si sono espressi: Sarro, Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 629 del 23 maggio 2016, pag. 46, Sisto pag. 107, Molteni pag. 109, Dambruoso, pag. 119, in Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 634 di mercoledì 8 giugno 2016; Già al Senato era stata sottolineata quest'ipotesi, date le modifiche introdotte dall'emendamento 1.401, v. senatore Palma pag. 187, senatore Caliendo pag. 189, in Fascicolo Iter DDL S. 54-B.

⁹² Parte della dottrina svizzera è del parere che la negazione del genocidio non sia una mera contestazione di un fatto storico. Essa pone in essere una vera e propria discriminazione nei confronti delle vittime di tale crimine. Sul punto NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, 2. Aufl. (2007), Rn. 1320, il quale cita anche due importanti casi, da cui si evince lo stesso pensiero: il caso *Walendy v. Germany*, n. 21128/93, dove la Commissione Europea per i diritti umani afferma che la negazione dell'Olocausto rappresenta una forma di discriminazione *"deny historical facts about the mass murder committed by the totalitarian Nazi regime and therefore constituted an insult to the Jewish people and at the same time a continuation of the former discrimination against the Jewish people"*; Nello stesso senso anche il caso *Garaudy v. France* n. 65831/01, in cui la Corte afferma *"Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them. The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Their proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention"*. Per la dottrina che invece distingue tra discriminazione e negazionismo, v. *infra* nota n. 196. Segnaliamo solo il pensiero di STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht – BT II*, 2000 § 39 Rn. 37, pag. 184, secondo il quale la negazione non rappresenta un'offesa per le vittime, quanto piuttosto un tentativo di purificazione dei responsabili.

*verità assoluta*⁹³. Se si relativizza il suo significato attraverso la formula *si fondano in tutto o in parte*, i confini, già praticamente inesistenti dell'atto del negare in relazione a fatti di elevata complessità storico-fattuale, diventano ancora meno evidenti. Confini, tuttavia, necessari nell'ottica di una verità giudiziale che si pone, o si dovrebbe porre, in termini di bianco/nero⁹⁴. Se la condotta base deve fondarsi *in tutto o in parte sulla negazione*, che cosa si intende allora per *negazione*?

Abbiamo visto che, sin dalla fase preliminare dei lavori che hanno portato all'introduzione del reato di negazionismo in Italia, è stata eliminata dalla disposizione la condotta di minimizzazione, esplicitamente criminalizzata negli altri Stati, oltre che prevista dalla Decisione Quadro del 2008. Il verbo minimizzare significa *presentare un fatto cercando di ridurne al minimo l'importanza, la gravità, gli eventuali sviluppi e conseguenze*⁹⁵. Come si delinea il confine tra la minimizzazione e la negazione di fatti, non circoscritti in altro modo, se non tramite il riferimento alla loro realtà complessiva, come accade per l'Olocausto?⁹⁶ Quando si tratta di negazione della Shoah, e quando invece di minimizzazione? In altre parole, quando un soggetto può considerarsi penalmente responsabile per aver negato un crimine? Quando, invece, la sua responsabilità penale è esclusa, poiché si è trattato di minimizzazione, ragion per cui la sua condotta non integra il fatto tipico di reato?⁹⁷

Dal momento che negare l'Olocausto, ad esempio, può integrare di per sé una forma di discriminazione⁹⁸, resta da chiarire in che modo la formula *in tutto o in parte* possa rappresentare il discrimine tra lecito e illecito. Se con la suddetta formula si è voluto indicare il *quantum* o il *quomodo* al fine di rendere punibile il negazionismo, si è probabilmente sottointeso che esistono diversi modi per porre in essere una condotta negazionista. Il giudice è tenuto a calarsi in un orizzonte ancora più esteso, privo di un confine preciso tra le diverse possibilità di manifestazione del negazionismo. Un'ulteriore domanda a cui non è possibile rispondere con certezza, è se sia possibile parlare di circostanza aggravante tanto nel caso in cui ci si riferisca *in parte* quanto in quello dove le condotte si fondino *in tutto* sulla negazione.

3.2.5.2. (segue) l'elemento del concreto pericolo di diffusione.

Nel paragrafo precedente si è partiti dal presupposto che non esista alcuna differenza tra le condotte incriminate dal comma I e quelle del nuovo comma 3-bis. Si cercherà ora di mettere in luce proprio questa differenza.

Anche l'espressione *in modo che ne derivi concreto pericolo di diffusione* è poco chiara e non consente una precisa e univoca interpretazione della norma⁹⁹. La prima domanda che è possibile porsi, riguarda l'oggetto di questo *concreto pericolo di diffusione*¹⁰⁰. Da un lato, si potrebbe ipotizzare che si tratti delle idee di odio o superiorità razziale, etnica, religiosa o nazionale, oggetto della condotta di propaganda disciplinata dal I comma let. a). Dall'altro, il *concreto pericolo di diffusione* avrebbe ad oggetto esclusivamente la negazione. In quest'ultimo caso, le condotte penalmente rilevanti disciplinate dal comma I sarebbero diverse da quelle previste dal comma 3-bis. Oltre che fondarsi *in tutto o in parte sulla negazione*, tali condotte devono

⁹³ Cfr. Il verbo *negare* su Treccani in [questa pagina web](#).

⁹⁴ Per una serie di principi costituzionalmente garantiti, oltre che per una logica di base, la verità processuale tende alla certezza che i fatti, oggetto dell'accertamento giudiziale, corrispondano alla realtà. La presunzione di non colpevolezza impone al giudice di condannare l'imputato solo se quest'ultimo risulti colpevole dei fatti contestatigli oltre ogni ragionevole dubbio. Art. 533 c.p.p. "[...] nel linguaggio legale, così come in quello della fisica classica, non c'è posto per risultati probabilistici: è impensabile un concetto di probabile colpevolezza, così come nella fisica classica non c'è spazio per cause ed effetti probabili". F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano 2005, pag. 5.

⁹⁵ Cfr. il verbo *minimizzare* su Treccani in [questa pagina web](#).

⁹⁶ Se i fatti cui si fa riferimento fossero indicati nella norma puntualmente e in maniera circoscritta, il reato di negazionismo godrebbe di maggior determinatezza. "La scelta di configurare un delitto, incentrato su talune, tassative e inequivocabili espressioni, lascerebbe fuori dal penale il valzer dei giustificazionismi, dei revisionismi, delle minimizzazioni, delle banalizzazioni etc., che a quel punto resterebbero confinate al dominio del dibattito pubblico e storiografico." M. CAPUTO *op. cit.*, pag. 49. Inoltre, sul punto, è bene sottolineare che il legislatore, nell'indicare i fatti di cui è fatto divieto di negazione, ha utilizzato, per l'Olocausto, un criterio di ordine storico, menzionando il macro-evento Shoah, per gli altri crimini internazionali, un criterio di ordine giuridico, facendo esplicito riferimento allo Statuo di Roma della Corte Penale Internazionale. Cfr. E. FRONZA, *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, pag. 66.

⁹⁷ Sul punto cfr. E. FRONZA, *op. ult. cit.*, pag. 67.

⁹⁸ Cfr. *supra* nota n. 92.

⁹⁹ D'altronde anche la I Commissione Permanente alla Camera, nel fornire parere favorevole il 18 maggio 2016, osserva che il concreto pericolo di diffusione debba essere meglio specificato. Cfr. Atti della Camera Bollettino delle giunte e delle commissioni parlamentari, Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni del 18 maggio 2016.

¹⁰⁰ Cfr. anche Atti della Camera Dossier 291/2 del 12 maggio 2016, pag. 3.

estrinsecarsi in maniera tale che *ne derivi concreto pericolo di diffusione*. L'elemento del concreto pericolo di diffusione diversifica le condotte in esame ancor prima che queste si fondino *in tutto o in parte sulla negazione*. Potrebbe considerarsi, pertanto, un elemento costitutivo della fattispecie, in ragione della collocazione topografica dell'inciso, che specifica in che modo debbano esternarsi le condotte punibili per via del negazionismo. Inoltre, ove la condotta di base, fondata *in tutto o in parte sulla negazione*, dovesse non integrare il requisito del *concreto pericolo di diffusione*, ne sarebbe esclusa la rilevanza penale dell'opinione negazionista, poiché non risponde al modello legale previsto.

Il combinarsi di questi due elementi, la *negazione* e il *concreto pericolo di diffusione*, rende le condotte del comma 3-bis diverse da quelle del I comma. Si può ipotizzare che, considerando anche quanto si evince dai lavori parlamentari, nell'ordinamento italiano sia stata introdotta una nuova fattispecie autonoma di reato avente ad oggetto il negazionismo.

4.

Titolo autonomo di reato: il concreto pericolo, l'elemento soggettivo, implicazioni sostanziali e processuali.

Se si accede all'idea che il comma 3-bis abbia introdotto una fattispecie autonoma di reato, bisogna domandarsi di che tipo di reato si tratti. In una recentissima sentenza la Corte di Cassazione ha precisato che le fattispecie di cui all'art. 3 comma I l. 654/1975 costituiscono un reato *plurioffensivo*, i cui beni protetti sono l'ordine pubblico e la dignità umana¹⁰¹. Quest'ultimo prevale nei confronti del primo. Al fine di rendere costituzionalmente conforme il reato in questione, le limitazioni alla libertà di espressione non possono considerarsi giustificate se non si ponesse la dignità umana a fondamento della tutela che tale fattispecie persegue¹⁰². La Corte di Cassazione precisa, inoltre, che si tratta di reato di pura condotta o di pericolo astratto, *"a nulla rilevando che l'azione abbia prodotto degli effetti, cioè che nell'immediatezza del fatto l'incitamento o la propaganda siano o meno stati recepiti"*¹⁰³. Infine, per quanto riguarda l'elemento soggettivo del reato, *"è sufficiente il dolo generico perché lo scopo di condizionare la pubblica opinione è insito nella condotta propagandistica; è sufficiente cioè che l'agente sia consapevole del contenuto dell'idea che volontariamente propaganda e della idoneità oggettiva a condizionare l'altrui opinione"*¹⁰⁴.

4.1.

Reato di condotta a pericolo concreto e indiretto?

La differenza tra pericolo astratto e pericolo concreto dipende dalla tecnica legislativa impiegata, il che si riflette, in sede di accertamento, in una differenza dei criteri adoperati dal giudice¹⁰⁵. Il *concreto pericolo di diffusione*, come messo in luce in precedenza, rende le condotte del comma 3-bis diverse da quelle, apparentemente di base, disciplinate dal comma 1 lett. a) e b) dello stesso articolo¹⁰⁶. Non sembra sia possibile affermare anche per la disposizione in esame che si tratti di un reato di pura condotta o di pericolo astratto¹⁰⁷. Il giudice deve accertare che *derivi concreto pericolo di diffusione* dell'opinione negazionista. Dal punto di vista della legge

¹⁰¹ Corte di Cassazione n. 36906 del 2015; in una sentenza del 2007, la stessa Corte di Cassazione aveva detto che *"L'oggetto specifico della tutela penale in entrambi i reati non era e non è costituito dall'ordine pubblico, il quale ha rilevanza indiretta, ma dalla tutela della dignità umana [...]"* cfr. sentenza n. 13234 del 2007; cfr. anche A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino 2013, pag. 53 ss.

¹⁰² Cfr. G. PAVICH – A. BONOMI, *op. cit.*, pag. 13; il concetto di dignità umana si pone nel mondo del diritto penale come il valore più alto, intangibile, un assoluto non bilanciabile. *"[...] un bene 'onnivoro' e 'insaziabile', [...] con connotata vocazione 'tirannica' o 'egemonica', in quanto tale portato a divorare per intero lo spazio conteso con la libertà di espressione."* cfr. A. TESAURO, *op. cit.*, pag. 55.

¹⁰³ Corte di Cassazione n. 36906 del 2015; cfr. anche Corte di Cassazione n. 37581 del 2008.

¹⁰⁴ Corte di Cassazione n. 36906 del 2015; sul punto cfr. anche Corte di Cassazione n. 38877 del 2015, n. 37581 del 2008.

¹⁰⁵ PARODI, *op. cit.*, pag. 279; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro penale*, 1969, cc. 1 ss., pag. 4; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pag. 689, pag. 697.

¹⁰⁶ *Supra* § 3.2.5.2.

¹⁰⁷ Per un approfondimento sul tema dei reati di pericolo, cfr. G. PARODI, *op. cit.*, pag. 224 ss.; con particolare attenzione al pericolo astratto inteso come pericolo *reale* e non *immaginario*, cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Promesse non mantenute del diritto penale*, Milano 2012, pag. 149 ss.;

positiva, la disposizione del comma 3-bis avrebbe introdotto un reato di pericolo concreto¹⁰⁸. Dalla prospettiva dell'accertamento da parte del giudice, non è possibile giungere *tout court* alla stessa conclusione.

4.1.1. *Il concreto pericolo di diffusione: dal punto di vista della legge positiva.*

La norma in esame manifesta la sua complessità soprattutto se poniamo attenzione alle dimensioni temporali prese in considerazione. Le coinvolge tutte: passato, presente e futuro. La dimensione passata riguarda i fatti storici per i quali viene fatto divieto di negazione¹⁰⁹. La dimensione presente attiene alla circostanza che le condotte penalmente rilevanti siano quelle che *si fondano in tutto o in parte* su tale negazione. Infine, la dimensione futura, su cui verrà posta attenzione in questo paragrafo, riguarda il *concreto pericolo di diffusione*, introdotto dalla locuzione *commessi in modo che ne derivi*.

Il reato di negazionismo, così com'è strutturato, assolve il compito di tutelare la dignità umana e l'ordine pubblico¹¹⁰. Il bene giuridico non viene tuttavia richiamato dalla norma, che connette il concreto pericolo alla diffusione dell'opinione negazionista. Assume rilevanza penale una certa categoria di opinioni, nella forma del *concreto pericolo di diffusione*. Si tratterebbe di una fattispecie inedita di pericolo concreto e indiretto¹¹¹. Ci si rivolge al futuro, dal momento che non viene punita l'avvenuta diffusione di idee negazioniste, potenzialmente offensive del bene giuridico tutelato, bensì il concreto pericolo che queste opinioni possano diffondersi¹¹². Ne discende che la misura della tutela penale è ulteriormente ampliata. Essa ricomprende non solo un risultato sfavorevole, consistente nella lesione del bene giuridico – *la dignità umana o l'ordine pubblico* –, ma viene preso in considerazione un risultato sfavorevole consistente in un evento intermedio – *la diffusione* – che ne potrebbe derivare¹¹³. Ciò dipende dal fatto che le opinioni negazioniste non sono considerate di per sé offensive del bene giuridico tutelato¹¹⁴, ma lo diventano in combinazione con una condotta di base caratterizzata dalla propaganda di discriminazione.

Analoga situazione normativa si registra con riferimento all'art. 424 c.p. *danneggiamento seguito da incendio*. Anche tale disposizione non fa esplicito rinvio al bene giuridico tutelato. In questo caso, la norma criminalizza le condotte dalle quali possa derivare pericolo di incendio, che rappresenta a sua volta un pericolo per il bene giuridico rappresentato dall'incolumità pubblica. Sia per l'art. 424 c.p. che per quanto riguarda la disposizione introdotta per contrastare il negazionismo, la condotta – *appiccamento del fuoco, propaganda o istigazione* – assume rilevanza penale al verificarsi di una situazione intermedia – *pericolo di incendio, concreto pericolo di diffusione* – a discapito di un bene giuridico per il quale è richiesta un'ulteriore anticipazione della tutela. Si finisce col punire, allora, il pericolo del pericolo della lesione/offesa al bene protetto¹¹⁵.

La distinzione tra le due disposizioni dipende dall'immaterialità che caratterizza il bene giuridico protetto. Il comma 3-bis, a differenza del danneggiamento seguito da incendio ex art. 424 c.p., mira alla tutela di un bene giuridico immateriale – *la dignità umana* –, minacciato da una situazione intermedia immateriale – *la diffusione di idee negazioniste* –, che a sua volta deriva da una condotta – *propaganda o istigazione* – il cui contenuto offensivo per il bene giuridico in questione è in ogni caso immateriale, pur se le stesse condotte siano poste in essere

¹⁰⁸ Nei reati di pericolo concreto, "il pericolo rappresenta un espresso elemento della fattispecie, che deve essere accertato dal giudice in base alle circostanze concrete del singolo caso [...]", cfr. F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, pag. 152.

¹⁰⁹ Per le problematiche legate ai fatti innegabili, la cui realtà non è fissata nel tempo, v. *Infra* § 5.2.

¹¹⁰ Il nuovo comma 3-bis assurge alla stessa funzione del comma 1, criminalizzando l'opinione negazionista. Si tratta quindi di un reato plurioffensivo, che vede la dignità umana prevalere sull'ordine pubblico.

¹¹¹ Sul concetto di pericolo indiretto, cfr. G. RATIGLIA, *Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, Torino 1932, pag. 104 ss.; G. GRASSO, *op. cit.*, pag. 697.

¹¹² Sul pericolo futuro cfr. G. RATIGLIA, *op. cit.*, pag. 31 ss.

¹¹³ F. ANGIANI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Sassari 1981, pag. 11 ss.

¹¹⁴ In caso contrario, molto probabilmente non si sarebbe criminalizzato il *concreto pericolo di diffusione*. La negazione in sé avrebbe assunto rilevanza penale, senza che fosse stato necessario connettere questa alle condotte di propaganda e istigazione.

¹¹⁵ Trattandosi, per quanto concerne il nuovo comma 3-bis, di beni giuridici immateriali, sarebbe più opportune utilizzare il termine *offesa*, cfr. G. PARODI, *op. cit.*, pag. 297.

materialmente¹¹⁶. Si può concludere che, dal punto di vista della legge positiva, si configurano un reato di pericolo concreto e indiretto. Un reato, cioè, il cui pericolo concreto è rappresentato da un evento intermedio, che “*non si porge come una minaccia diretta al bene protetto*”¹¹⁷, e la cui criminalizzazione è il frutto di un’ulteriore anticipazione della tutela.

Tuttavia, occorre ammettere che in certi casi non sarà possibile distinguere l’evento intermedio dalla condotta incriminata. Il rischio che si corre è che la fattispecie si trasformi in un reato di pericolo astratto o di pura condotta¹¹⁸.

4.1.2. (segue) dalla prospettiva dell’accertamento da parte del giudice.

Per esigenze di chiarezza, è opportuno mantenere distinte le condotte disciplinate dal nuovo comma 3-bis. Sul versante della condotta di propaganda sorgono maggiori complessità. Accertata la sussistenza di tale condotta, il giudice deve verificare l’elemento del *concreto pericolo di diffusione*, facendo “*riferimento alle leggi di esperienza di tipo probabilistico*”¹¹⁹. Che probabilità/possibilità¹²⁰ ci sono che dalla propaganda di discriminazione, fondata *in tutto o in parte* sulla negazione, non derivi il *concreto pericolo di diffusione* di opinioni negazioniste? Il *concreto pericolo di diffusione* non sembra possa essere escluso in ordine alla condotta di propaganda, dal momento che propagandare un pensiero contiene il concetto di diffusione¹²¹. “[...] *la propaganda altro non è che una diffusione di idee tendente a incitare al mutamento delle idee e dei comportamenti del pubblico*”¹²². Se la condotta del soggetto agente può essere qualificata in termini di propaganda di discriminazione, che a sua volta si fonda *in tutto o in parte sulla negazione*, un accertamento sul *concreto pericolo di diffusione* delle opinioni negazioniste sembrerebbe essere superfluo, poiché tale pericolo è consustanziale alla propaganda stessa.

Le complessità, o le contraddizioni, sorgono soprattutto in relazione alle nuove tecnologie. Internet, e i dispositivi di cui oggi si fa uso, rendono incredibilmente labile il confine tra la manifestazione del proprio pensiero e una condotta di propaganda. La stessa Corte di Cassazione ha affermato che “*la diffusione e la propaganda sono concetti sostanzialmente equivalenti, posto che la diffusione di idee nella rete si risolve in sostanza nella propaganda delle stesse*”¹²³. Se le condotte di cui al I comma lett. a) e b) dell’art. 3 l. n. 654/1975 integrano un reato di condotta o un reato di pericolo astratto¹²⁴, bisogna chiedersi se l’elemento del *concreto pericolo di diffusione* possa rappresentare effettivamente un discrimine tra queste e quelle disciplinate dal nuovo comma 3-bis, affinché sia possibile qualificare il reato di negazionismo come illecito di pericolo concreto, e non si tratti, invece, alla luce di quanto appena detto, anche in questo caso di un reato di pericolo astratto o di pura condotta¹²⁵, se non addirittura presunto. Reati di tal genere operano per presunzione tendenzialmente assoluta, rendendo oltremodo ardua la difesa dell’imputato. Presunto il pericolo da parte del Legislatore, il giudice è tenuto ad applicare

¹¹⁶ Sui problemi legati all’immaterialità del bene giuridico, cfr. A. TESAURO, *op. cit.*, pag. 65 ss.; con attenzione all’elemento soggettivo v. L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano 1993, pag. 111 ss.

¹¹⁷ Così G. RATIGLIA, *op. cit.*, pag. 104.

¹¹⁸ Illuminanti in questo senso appaiono le parole di G. PARODI, *op. cit.*, pag. 291-292, il quale afferma: “*Quando, [...], la natura del bene è tale che questo non sia suscettibile di essere effettivamente leso o sminuito – e, di conseguenza, neppure minacciato davvero nella sua esistenza – allora non ha senso parlare di pericolo, come non ha senso parlare di danno materiale: in questi casi di deve pensare la lesione del bene giuridico in termini di incompatibilità del comportamento vietato con l’interesse sociale tutelato dalla legge.*”

¹¹⁹ Con queste parole F. ANGIANI, *op. cit.*, pag. 127; Per quanto riguarda l’accertamento da parte del giudice del *concreto pericolo di diffusione* dell’opinione negazionista, “*si tratterebbe di apprezzare un’idoneità, secondo l’id quod accidit, di diffusione.*” Con queste parole E. FRONZA, *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, pag. 69.

¹²⁰ Preferisce riferirsi al pericolo in termini di possibilità e non di probabilità, ritenendo quest’ultimo concetto equivoco, M. GALLO, *op. cit.*, pag. 2.

¹²¹ Durante la Seduta n. 617 del 28 aprile 2016, sull’emendamento 1.401, il senatore Giovanardi coglie questa circostanza e in maniera estremamente critica afferma: “*per l’ennesima volta, cosa stiamo facendo? Perché dobbiamo andare a colpire la libertà di pensiero? Finché c’era l’istigazione, posso capire. Ma qui parliamo della propaganda. Propaganda vuol dire diffusione; propagandare vuol dire diffondere delle idee. Mi chiedo quindi perché dobbiamo colpire la diffusione delle idee [...]*” in Fascicolo Iter DDL S. 54-B, pag. 166.

¹²² Corte di Cassazione n. 37581 del 2008.

¹²³ Cfr. nota precedente

¹²⁴ *Supra* § 4.

¹²⁵ L’ordinamento italiano conosce situazioni in cui reati apparentemente di pericolo astratto, per la mancanza del pericolo espresso tra gli elementi costitutivi della norma incriminatrice, esigono tuttavia un accertamento in concreto da parte del giudice, data la *pregnanza* dei termini usati per descrivere la fattispecie (la “*disastrosità*” per la fattispecie di *disastro ferroviario* ex art. 430 c.p.; il concetto di *epidemia* ex art. 438 c.p.). Nel caso del reato di negazionismo, per quanto riguarda la condotta di propaganda, si manifesterebbe un anomalo caso in cui, nonostante la norma menzioni espressamente il *concreto pericolo di diffusione*, l’accertamento del giudice potrebbe essere quello adoperato per i reati di pericolo astratto. Cfr. F. D’ALESSANDRO, *op. cit.*, pag. 164 ss.

la legge ex art. 101 co. 2 Cost.¹²⁶. Tuttavia, considerando anche la giurisprudenza costituzionale sull'offensività in concreto di condotte ritenute presuntivamente o in astratto offensive¹²⁷, si dovrebbe accogliere con maggior favore una presunzione relativa del pericolo¹²⁸. In questo modo si consentirebbe all'imputato la possibilità di dimostrare l'inidoneità della condotta a offendere il bene giuridico tutelato¹²⁹.

Per quanto riguarda l'istigazione, la Cassazione ha affermato che “[...], è un reato di pericolo che si perfeziona indipendentemente dalla circostanza che l'istigazione sia accolta dai destinatari, essendo tuttavia necessario valutare la concreta ed intrinseca capacità della condotta a determinare altri a compiere un'azione violenta, con riferimento al contesto specifico ed alle modalità del fatto¹³⁰. A differenza della propaganda, il concreto pericolo di diffusione non costituisce elemento distintivo e fine ultimo perseguito dalla condotta di istigazione. Il giudice dovrà valutare, tenendo conto dei mezzi utilizzati, delle espressioni usate e del contesto, se si sia materializzato il concreto pericolo di diffusione dell'opinione negazionista.

Un ulteriore aspetto degno di nota, è il termine usato per specificare il concreto pericolo: la *diffusione*. Il Legislatore è intervenuto nel 2006 per delimitare la rilevanza penale della condotta di discriminazione legata alla manifestazione del pensiero, sostituendo la parola *diffusione* con il termine *propaganda*, più circoscritto e definito. Con l'introduzione del nuovo comma 3-bis, il Legislatore ha fatto di nuovo uso del verbo *diffondere* per indicare la modalità, penalmente rilevante, di manifestazione dell'opinione negazionista posta alla base di una condotta di propaganda. Per passare dalla liceità all'illiceità penale, accedendo a un regime sanzionatorio particolarmente severo, non è richiesto che la propaganda di base diffonda l'opinione negazionista con le stesse modalità che caratterizzano l'atto del propagandare. La norma non parla di *concreto pericolo di propaganda*. Ci si chiede, quindi, se l'utilizzo del termine *diffusione* non consenta al giudice una valutazione meno onerosa, rispetto all'accertamento della condotta di propaganda, o addirittura di *presumere* che ci sia stata diffusione, data l'estensione e il significato dell'atto di propagandare¹³¹.

4.2. L'elemento soggettivo.

Bisogna precisare quale sia l'elemento soggettivo richiesto per le condotte disciplinate dal comma 1 dell'art. 3 l. 654/1975. La giurisprudenza di Cassazione ha delineato una distinzione tra le condotte imputabili a titolo di dolo generico, e quelle per le quali è richiesto il dolo specifico. “Mentre le condotte consistenti nel **propagandare** idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico ovvero nell'**istigare** a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi configurano ipotesi di reato a dolo generico, le condotte consistenti nel **commettere** atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi o nel **commettere** violenza o atti di provocazione alla violenza per i medesimi motivi configurano, invece, reati a dolo specifico, in quanto in tali ultime ipotesi il motivo ispiratore eccede la condotta discriminatoria o violenta, mentre nel caso della propaganda o dell'istigazione tale motivo è incluso nelle idee propagandate o negli atti discriminatori istigati”¹³².

Posto che le condotte di propaganda e istigazione ex comma 1 sono imputabili a titolo di

¹²⁶ Sul punto cfr. M. CATENACCI, *Reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo II, pag. 1437.

¹²⁷ Cfr. Corte Costituzionale n. 62 del 1986; n. 360 del 1995; n. 263 del 2000; n. 267 del 2005; Sul punto cfr. anche C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA.Vv., *Diritto Penale e Giurisprudenza Costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli 2006, pag. 91 ss.

¹²⁸ “[...] non imponendo al Pubblico Ministero di provare la presenza del pericolo nella situazione concreta, ma semmai consentendo all'imputato di dimostrarne l'assenza attraverso l'ammissione ad una sorta di 'prova liberatoria' cui egli possa far ricorso allorché lo ritenga utile ai fini della propria difesa” cfr. M. CATENACCI, *op. cit.*, pag. 1438.

¹²⁹ È possibile immaginare il caso in cui venga pubblicato di notte un post su Facebook, per un lasso di tempo tale che non si è materializzata, data l'ora, la possibilità che quel tipo di opinione fosse in concreto recepita da molti. È pur vero che la Corte di Cassazione, come abbiamo già avuto modo di precisare, ritiene che Internet (Facebook) costituisca un mezzo idoneo alla diffusione di idee discriminatorie, sia in caso di propaganda che in caso di istigazione (cfr. sentenze n. 37581 del 2008 e 42727 del 2015), tuttavia, una valutazione più pregnante del *concreto pericolo di diffusione* gioverebbe a un maggior rispetto dei canoni costituzionali del diritto penale. Nella situazione presa ad esempio, è come se il soggetto agente avesse manifestato il proprio pensiero in una piazza quasi vuota, considerando la minor presenza di utenti *online* durante le ore notturne.

¹³⁰ Corte di Cassazione n. 42727 del 2015, in CED Cassazione penale 2015.

¹³¹ Cfr. *supra* nota n. 125.

¹³² Cort. Cass. penale n. 37581 del 2008. Il passaggio è ripreso nella più recente sentenza n. 38877 del 2015.

dolo generico, bisogna ora chiedersi quale sia l'elemento soggettivo alla base del *concreto pericolo di diffusione*. La questione non è trascurabile, dal momento che il rischio che si corre è quello di imbattersi in una forma di responsabilità oggettiva¹³³, ancor meno tollerabile considerato il regime sanzionatorio previsto per il reato di negazionismo. Se si considera il *concreto pericolo di diffusione* una conseguenza imprescindibile della condotta di propaganda, si potrebbe concludere che la disposizione non esige che l'agente agisca con l'ulteriore scopo di negare fatti criminosi di rilievo internazionale o di diffondere tale negazione.

Si viene a creare una situazione simile a quella che si registra con riferimento alle condizioni obiettive di punibilità¹³⁴. Il sopraggiungere di un evento – il *concreto pericolo di diffusione* – attribuirebbe rilevanza penale alla propaganda di discriminazione fondata *in tutto o in parte sulla negazione*, pur se tale evento non sia voluto dal soggetto agente¹³⁵.

Il nuovo comma 3-bis, tuttavia, contempla anche l'istigazione. Rispetto a tale condotta, il *concreto pericolo di diffusione* non ne rappresenta un effetto naturale, dovendosi escludere che il dolo generico della condotta di istigazione possa accompagnare *tour court* la diffusione dell'opinione negazionista.

Tutto ciò premesso, sorgono alcuni dubbi: è possibile considerare il *concreto pericolo di diffusione* un evento in senso tecnico? E se così fosse, è legittimo parlare di condizione obiettiva di punibilità, o sarebbe forse il caso di puntare l'attenzione sui reati aggravati dall'evento? Per quanto riguarda il primo quesito, il rinvio al reato di incesto ex art. 564 c.p. può rivelarsi in parte funzionale a fornire una risposta. Il Legislatore ha fatto uso per questa disposizione, come per il nuovo comma 3-bis, della locuzione *in modo che ne derivi*, per indicare l'evento al verificarsi del quale la relazione incestuosa assume rilevanza penale. Oggetto di tale evento è il *pubblico scandalo*, il quale “*deve individuarsi nel profondo senso di turbamento e disgusto diffusi in un numero indeterminato di persone e nella connessa reazione morale per il cattivo esempio ricevuto*”¹³⁶. Non si tratterebbe di un evento dal carattere naturalistico-materiale, ma di una “*modificazione della realtà naturale nella sfera psichica*”¹³⁷. Il *concreto pericolo di diffusione*, previsto dal nuovo comma 3-bis, potrebbe allo stesso modo considerarsi un evento in senso tecnico, essendo previste dall'ordinamento anche altre fattispecie che hanno ad oggetto eventi privi di materialità¹³⁸.

Passando alla seconda domanda, se da un lato va allontanata la possibilità di inquadrare la disposizione in termini di condizione obiettiva di punibilità, dato che il comma I attribuisce già rilevanza penale alla propaganda o istigazione fondata sull'odio razziale, etnico, religioso o nazionale, dall'altra va pure escluso che la disposizione in esame disciplini un reato aggravato dall'evento. Alla luce di quanto detto nei paragrafi precedenti, il *concreto pericolo di diffusione* rappresenterebbe un elemento costitutivo delle condotte disciplinate dal comma 3-bis, dal momento che, combinandosi con l'elemento della negazione, rende la propaganda e l'istigazione da esso disciplinate diverse da quelle previste dal comma 1. In questo senso depone anche l'espressione *in modo che ne derivi*. Essa più che introdurre un evento, indicherebbe una modalità di realizzazione della condotta. Ciò appare in maniera ancora più evidente, se si prende in considerazione un'ulteriore disposizione prevista dall'ordinamento: l'art. 612-bis punisce *chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura [...]*. Il verbo *cagionare*¹³⁹ esprime in maniera più appropriata la distinzione tra condotta e evento da quest'ultima causato¹⁴⁰. La locuzione *in modo che ne derivi* pare alludere a una caratteristica modale della condotta, che non consente di

¹³³ Sulla responsabilità oggettiva si veda per tutti G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, pag. 671 ss.

¹³⁴ Per le condizioni di punibilità v. C. S. FIORE, *Diritto Penale – Parte Generale*, pag. 379 ss.;

¹³⁵ “*La relazione psicologica tra agente e condizione, [...], ancorché constatata come esistente, resterebbe, tuttavia, priva di efficacia*”. Cfr. V. N. D'ASCOLA, *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Reggio Calabria, 2004, pag. 191; v. anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, pag. 377.

¹³⁶ Corte di Cassazione, n. 1121 del 1967.

¹³⁷ D. SANTAMARIA, *Evento*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè 1967, vol. XVI pag. 128.

¹³⁸ “[...] *ciò che effettivamente importa è il verificarsi della condizione quale fatto giuridico, a nulla rilevando l'evento inteso quale accadimento naturalistico cui la legge riconosce portata condizionale*.” Con queste parole V. N. D'ASCOLA, *op. cit.*, pag. 150; “*Nel comma 3 bis il pericolo di diffusione è concepito come evento normativo*.” Così E. FRONZA, *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, pag. 69.

¹³⁹ “*cagionare*” è, nel linguaggio normativo, verbo tipico della causalità, il cui utilizzo rivela abitualmente la necessità di un vincolo condizionalistico tra la condotta ed un risultato conseguentemente eletto ad evento naturalistico del reato.” L. PISTORELLI, *Il reato di 'stalking' e le altre modifiche al codice penale del d.l. n. 11/2009 conv. in l. 38/2009*, maggio 2009.

¹⁴⁰ Cfr. D. SANTAMARIA, *op. cit.*, pag. 125; l'evento “*deve essere inteso come un accadimento temporalmente e spazialmente separato dalla condotta che da questa deve essere causato*” così F. SARNO, *Il nuovo reato di atti persecutori (art. 612-bis)*, Milano 2010, pag. 73; cfr. sul punto anche C. PARODI, *Stalking e tutela penale. Le novità introdotte nel sistema giuridico dalla l. 38/2009*, Milano 2009, pag. 59 ss.

inquadrare il *concreto pericolo di diffusione* in termini di evento¹⁴¹.

Inoltre, merita riflettere sul fatto che sia le condizioni obiettive di punibilità, sia i reati aggravati dall'evento si pongono al margine della responsabilità penale personale ex art. 27 co. 1 Cost.¹⁴². Considerando che i crimini presi di mira dal reato di negazionismo non sono determinati se non tramite l'esplicito rinvio allo Statuto di Roma del 1998, si punirebbe anche il *concreto pericolo di diffusione* della negazione di fatti per i quali si ha un'opinione non conforme a quella comunemente accettata, pur non sussistendo un intento specifico di negare. Mentre i fatti conclamati, come l'Olocausto, riflettono meno queste contraddizioni, la generalità degli eventi riconducibili ai crimini internazionali passati, presenti e futuri, chiaramente le lascia venir fuori.

Una via di fuga potrebbe essere stata fornita dal Legislatore, proprio attraverso la locuzione *in modo che ne derivi*. Al fine di rendere la fattispecie in esame compatibile con i criteri di imputazione costituzionalmente conformi, bisogna partire dall'assunto che il dolo deve abbracciare tutti gli elementi della fattispecie. La locuzione *in modo che ne derivi* potrebbe, e dovrebbe, essere fondata sull'eventualità che, agendo in un determinato modo, il soggetto agente si raffiguri e accetti il rischio di diffondere un'opinione negazionista, ovvero sulla volontà specifica dello stesso di diffondere tale idea. In altre parole, o la diffusione viene imputata a titolo di dolo eventuale, o a titolo di dolo specifico¹⁴³. In sede di accertamento il giudice non può prescindere dalla valutazione della consapevolezza del soggetto agente per quanto riguarda i crimini oggetto di negazione, ovvero della sua intenzione, in riferimento al *concreto pericolo di diffusione*¹⁴⁴. Ammesso che simile valutazione sia concretamente possibile, così facendo si garantirebbe un maggior rispetto del principio di colpevolezza ex art. 27 co. 1 Cost.¹⁴⁵

4.3. *Le implicazioni dovute al regime sanzionatorio previsto.*

Se consideriamo la fattispecie introdotta dal nuovo comma 3-bis un titolo autonomo di reato, le implicazioni a cui si va incontro, data la forbice edittale da due e sei anni di reclusione, si riversano sull'applicabilità di diversi istituti di diritto sostanziale e processuale.

4.3.1. *La particolare tenuità del fatto: art. 131-bis c.p.*

La prima implicazione particolarmente rilevante riguarda l'art. 131-bis c.p. Da poco più di un anno è stata inserita nell'ordinamento una nuova causa di non punibilità, per *particolare*

¹⁴¹ Il *concreto pericolo di diffusione* non rappresenta un'entità distinta dal comportamento del reo, un evento in senso tecnico, ma un modo di porsi della condotta che pone in pericolo il bene protetto. Manifestare in privato l'opinione negazionista non integra il *concreto pericolo di diffusione*, pur se la comunicazione di tale opinione effettivamente avvenga. Diversamente, comunicare in pubblico quella stessa opinione, integrerebbe il *concreto pericolo di diffusione*. In entrambi i casi viene comunicata un'opinione. La differenza, quindi, risiede nelle modalità di manifestazione di questa. Cfr. D. SANTAMARIA, *op. cit.*, pag. 125; *“Ai fini della base normativa dei reati aggravati dall'evento, vengono in rilievo soltanto le disposizioni aggravatrici che prevedono un 'evento'.*” Così S. ARDIZZONE, *I reati aggravati dall'evento. Profili di teoria generale*, Varese 1984, pag. 17.

¹⁴² Sul punto cfr. per tutti G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, pag. 688 ss.

¹⁴³ Per la distinzione tra dolo specifico e dolo eventuale, cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto penale – Parte generale*, pag. 297 ss.; C. S. FIORE, *Diritto penale – Parte generale*, per il dolo indiretto o eventuale pag. 208 ss., per il dolo specifico pag. 215 ss.

¹⁴⁴ Fondamentali in questo senso le sentenze costituzionali n. 364 e 1085 del 1988, che hanno portato a compimento l'attuazione del principio di colpevolezza. La Corte afferma: *“perché l'art. 27, primo comma, Cost, sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati.*” Cfr. sentenza 1085/88

¹⁴⁵ *“Per cui la piena applicazione del principio di colpevolezza, imponendo che la dimensione strutturalmente oggettiva ed 'eccedente' del fatto tipico, rispetto alla condotta, possa (ed anzi debba, perché non si cada in forme di responsabilità oggettiva) essere recuperata sul piano giuridico, attraverso requisiti d'imputazione e 'rimproverabilità' soggettive, che abbraccino tutti i momenti costitutivi del primo – e non solo la seconda! – in termini 'quantomeno' di rappresentazione psicologica [...], non contraddice, ma anzi presuppone il riconoscimento dello iato tra i due termini – fatto 'socialmente' rilevante e condotta esecutiva 'personale' – o comunque la loro inevitabile non coincidenza.*” Così L. PICOTTI, *op. cit.*, pag. 538 ss.

*tenuità del fatto*¹⁴⁶. Si tratta di “un istituto a finalità deflattiva endoprocedurale”¹⁴⁷, che persegue l’obiettivo di restituire efficienza alla giustizia penale oltre che soddisfare esigenze di politica criminale che tengano in debita considerazione la sostanziale offensività di un fatto tipico e antiggiuridico, al fine di escludere la pena quando tale fatto, pur essendo illecito, non esprime meritevolezza di pena¹⁴⁸.

La manifestazione di un’opinione, quand’anche penalmente rilevante, ben può costituire un fatto di tenue entità, per il quale, qualora ne ricorressero le circostanze, andrebbe esclusa la punibilità. Tuttavia l’art. 131-bis c.p. si applica solo ai reati *per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni*¹⁴⁹. Per il reato di negazionismo, che ricordiamo non si limita a criminalizzare la sola negazione dell’Olocausto, è esclusa *a priori* l’applicabilità di questa “*clausola di irrilevanza*”¹⁵⁰. Di conseguenza, anche qualora la condotta di propaganda fondata in *tutto o in parte sulla negazione* di un crimine internazionale dovesse essere non particolarmente rilevante dal punto di vista dell’offensività, non potrà escludersi la punibilità di tale fatto.

4.3.2. *La sospensione condizionale della pena: art. 163 c.p.*

Un ulteriore istituto che si pone ai limiti dell’applicabilità, è la *sospensione condizionale della pena* ex art. 163 c.p. “*Il carcere, [...] costituisce l’ultima eredità di un diritto penale “escludente” che si pone in fortissima tensione con il diritto penale “inclusivo” forgiato dai principi personalistici sanciti dal moderno costituzionalismo.*”¹⁵¹ La sospensione condizionale della pena persegue, da un lato, esigenze di carattere negativo, ossia la rinuncia all’esecuzione della pena, e dall’altro, una funzione più propriamente positiva che soddisfa esigenze di prevenzione speciale¹⁵². Tuttavia, il limite massimo previsto dall’art. 163 c.p. ai fini dell’applicabilità di questo istituto, coincide con il limite edittale minimo della pena prevista per il reato di negazionismo. L’unica possibilità per l’entrata in funzione della sospensione condizionale, è che il giudice si attenga a irrogare il minimo di pena previsto dal comma 3-bis.

4.3.3. *La sospensione del procedimento con messa alla prova: art. 168-bis c.p.*

L’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova¹⁵³ costituisce una causa di estinzione del reato e, processualmente, un procedimento speciale deflattivo del dibattimento¹⁵⁴. Si tratta della possibilità di un reinserimento alternativo, che incida il meno possibile

¹⁴⁶ Articolo introdotto dall’art. 1, comma 2, D.lgs. 16 marzo 2015, n. 28. La riforma apportata al sistema penale con la promulgazione di questo decreto legislativo, persegue gli obiettivi di *efficienza, razionalizzazione, e deflazione*. In seguito ai richiami della Corte EDU (8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*) e della Corte Costituzionale (9 ottobre 2013 n. 279), sono stati introdotti strumenti volti a migliorare il funzionamento della Giustizia, oltre che disincentivare l’applicazione della pena carceraria. Cfr. C. SCACCIANOCE, *La legge-delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, in AA.Vv. a cura di N. TRIGGIANI, *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino 2014, pag. 236 ss.

¹⁴⁷ F. PICCIONI, *Tenuità del fatto e non punibilità*, 2015, pag. 61.

¹⁴⁸ *Ivi* pag. 59 ss.

¹⁴⁹ Parte della dottrina ha criticato il sistema di applicabilità dell’istituto adoperato dal Legislatore. La disposizione riflette una certa incongruenza di sistema, dal momento che dovrebbe essere preso in considerazione il minimo edittale, quale parametro di valutazione del livello di offesa. Prendendo in considerazione il massimo edittale, l’art. 131-bis c.p. non si applica a “*fattispecie che nella loro minima portata offensiva sono addirittura meno gravi di altre, alle quali la nuova causa di non punibilità risulta, invece, applicabile.*” Cfr. G. ALBERTI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2015, pag. 5; cfr. anche F. PICCIONI, *op. cit.*, pag. 78; T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *GD* 2015, pag. 19 ss.

¹⁵⁰ C. SCACCIANOCE, *op. cit.*, pag. 236.

¹⁵¹ R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2016, pag. 1.

¹⁵² La sospensione condizionale, se da un lato lascia entrare in gioco gli ulteriori strumenti a disposizione dell’ordinamento, dall’altro, tramite la possibilità di revoca prevista dall’art. 163 c.p., svolge anche una funzione di intimidazione speciale, essendo il condannato minacciato dalla revoca ex art. 168 c.p., qualora ricorressero determinate circostanze. Sul punto v. F. C. PALAZZO – R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino 2007, pag. 5 ss.

¹⁵³ La legge 28 aprile 2014 n. 67 ha introdotto, mediante l’art. 3, l’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova nel codice penale all’art. 168-bis. La stessa legge ha disciplinato, per il tramite dell’art. 4, lo stesso istituto anche nel codice di procedura penale, all’art. 464-bis.

¹⁵⁴ Cfr. M. L. GALATI – L. RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale*, Milano 2015, pag. 38 ss. Sui profili procedurali v. A. DI TULLIO D’ELISIS, *La messa alla prova per l’imputato*, 2014, pag. 43 ss. Critico sulla concreta capacità deflattiva dell’istituto L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in AA.Vv. a cura di N. TRIGGIANI, *La deflazione giudiziaria*, Torino 2014, pag. 82 ss.

sulla libertà personale dell'imputato¹⁵⁵. L'istituto introduce nell'ordinamento italiano la c.d. *probation* di tipo anglosassone, grazie alla quale, prima ancora che si arrivi a una sentenza di condanna, il buon esito dell'attività socialmente utile svolta dall'imputato comporta l'estinzione del reato¹⁵⁶. Anche nel caso della messa alla prova, i limiti edittali previsti escludono che l'imputato accusato di negazionismo possa fare richiesta di sospensione del procedimento ex art. 168-bis c.p. Tale beneficio si applica solo ai reati il cui massimo edittale di pena non sia superiore ai 4 anni.

4.3.4. *Conseguenze di natura processuale e investigativa.*

Il reato di negazionismo si espone alla possibile applicazione di misure cautelari e attività di indagine condotte con l'impiego di intercettazioni, solitamente funzionali al contrasto alla criminalità di fascia medio-alta

L'art. 266 c.p.p., rubricato *limiti di ammissibilità*, non preclude agli operatori della giustizia di servirsene in caso di negazionismo, dal momento che *l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi a forme di reato non colposo, per le quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni. Lo strumento in questione si rivelerebbe estremamente efficace. Trattandosi di opinioni, l'oggetto dell'indagine avviate mediante intercettazioni coinciderebbe tout court con il fatto stesso di reato.*

Per il reato di negazionismo, il pubblico ministero può disporre, in caso di pericolo di fuga, il fermo di indiziato di delitto ex art. 384 c.p.p. Sono applicabili misure cautelari coercitive, che si applicano per le ipotesi di reato per le quali è prevista la reclusione superiore nel massimo a 3 anni, così come prevede l'art. 280 c.p.p. Potrebbe trovare applicazione persino la custodia cautelare in carcere ex art. 285 c.p.p., la cui condizione di applicabilità è che il reato sia punito con la pena detentiva superiore nel massimo a 5 anni, secondo il comma II dell'art. 280 c.p.p.

Venendo ai riti speciali, per il reato di negazionismo il PM potrebbe richiedere sia il giudizio immediato ex art. 453 c.p.p., che quello per direttissima ex art. 449 c.p.p. Quest'ultimo caso lascia venir fuori un'ulteriore implicazione dal momento che l'istituto trova applicazione a seguito di arresto in flagranza ex artt. 380 e 381 c.p.p. Nel caso di negazionismo, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria hanno facoltà di procedere all'arresto ex art. 381 poiché il regime sanzionatorio previsto contempla una pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni. Sia nel caso del giudizio immediato che nel giudizio direttissimo, si salterebbe, come noto, l'udienza preliminare. La manifestazione dell'opinione negazionista costituisce prova certa della commissione del reato.

Quanto appena esposto rappresenta le possibilità a cui si andrebbe incontro considerando il regime sanzionatorio particolarmente severo previsto per il reato di negazionismo, il quale sembra porsi in linea con una visione carcerocentrica del diritto penale, da qualche anno abbandonata dal Legislatore italiano. Ci si augura che in sede giudiziaria, ove mai se ne creasse l'occasione, possa essere trovato il modo per garantire la proporzionalità, già ampiamente trascurata per via del minimo edittale previsto, tra tale forma di reato e la pena da applicare.

5. *Una fattispecie sui generis: analogie e differenze con il reato di negazionismo previsto in alcuni Paesi europei.*

In questo paragrafo verranno analizzati gli elementi della disposizione introdotta in Italia per contrastare il fenomeno del negazionismo, che la rendono a seconda dei casi diversa o simile ad alcune fattispecie presenti in Europa. Il primo elemento che viene in rilievo è la condotta di negazione. Continuando, si porrà attenzione agli eventi cui la norma si riferisce. Oltre al genocidio degli ebrei, esplicitamente richiamato, la disposizione tutela anche dalla negazione degli altri crimini internazionali previsti dallo Statuto di Roma del 1998, ad esclu-

¹⁵⁵ Cfr. M. L. GALATI – L. RANDAZZO, *op. cit.*, pag. 5; cfr. anche A. DI TULLIO D'ELISSIS, *op. cit.*, 2014, pag. 13.

¹⁵⁶ Sul punto v. M. L. GALATI – L. RANDAZZO, *op. cit.*, pag. 129 ss.

sione del crimine di aggressione¹⁵⁷.

5.1. *La condotta penalmente rilevante.*

Mentre la Decisione Quadro 913/2008/GAI esige che siano sottoposte a pena *la minimizzazione grossolana, l'apologia, e la negazione*, il nuovo comma 3-bis attribuisce rilevanza penale alla sola condotta di *negazione*. In questo senso, la fattispecie del reato di negazionismo introdotta in Italia si differenzia anche da tutte quelle già da tempo previste da altri Paesi europei. Nella maggior parte dei casi, ad essere criminalizzata non è soltanto la negazione, la *falsa asserzione di fatti*¹⁵⁸. Assumono rilevanza penale *la minimizzazione grossolana*¹⁵⁹, *l'approvazione*¹⁶⁰, *il tentativo di giustificazione*¹⁶¹ e *l'esaltazione*¹⁶². Simile alla fattispecie introdotta in Italia è la disposizione disciplinata in Francia, la quale criminalizza la sola condotta del "contesté", ignorando le altre modalità di manifestazione del negazionismo¹⁶³.

5.2. *Un ancoraggio mancato: sentenza passata in giudicato di una Corte internazionale o atti di un organismo sovranazionale o internazionale.*

Una seconda differenza è rappresentata dai crimini per i quali è fatto divieto di negazione. Durante i lavori in prima lettura alla Camera, per mitigare l'indeterminatezza legata a una imprecisa definizione dei crimini da considerare, i deputati avevano modificato il testo approvato dal Senato in maniera tale da richiedere che gli illeciti fossero oggetto di *una sentenza passata in giudicato di una corte internazionale* o di *atti di un organismo internazionale o sovranazionale dei quali l'Italia è membro*¹⁶⁴.

Per quanto riguarda il primo criterio – *la sentenza passata in giudicato* –, la fattispecie ita-

¹⁵⁷ L'unico crimine escluso è il crimine di aggressione. In seguito alla risoluzione n. RC/Res.6 adottata a Kampala l'11 giugno del 2010, lo Statuto di Roma del 1998 della Corte Penale Internazionale disciplina questo crimine all'art. 8-bis, già previsto senza essere tecnicamente definito. Tale crimine non viene richiamato né dal testo iniziale del DDL n. 54, né dal testo definitivamente approvato. Il crimine di aggressione costituisce una forma di azione che ha sicuramente delle conseguenze politiche enormi nella comunità internazionale, probabilmente più grandi di quelle degli altri crimini internazionali. Non è chiaro perché questo crimine sia stato escluso dal novero di quelli che non si possono negare. Significherebbe che l'aggressione da parte di uno Stato nei confronti di un altro Stato, può essere lecitamente negata o minimizzata. Sul crimine di aggressione, H. SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht*, pag. 389 ss.

¹⁵⁸ La locuzione fa riferimento a una sentenza costituzionale del BVerfG. La Corte Costituzionale tedesca, nel lontano 1994, ha formulato una distinzione fondamentale ai fini della conformità costituzionale del reato di negazionismo (*Auschwitzlüge*). Secondo tale distinzione, le opinioni – *die Meinungen* – si distinguerebbero dalle asserzioni di fatti – *die Tatsachenbehauptungen* –. Le prime sarebbero accompagnate dalla relazione soggettiva tra l'individuo e il contenuto di ciò che dice. Fondamentale è la sua presa di posizione, il giudizio o il parere. Per tal motivo esse non sarebbero distinguibili in vere o false, e sono di conseguenza tutelate dalla libertà di espressione ex art. 5 GG, sia nella forma che nel contenuto, a prescindere dalla aggressività o pericolosità che le stesse esprimono. Diversamente, le asserzioni di fatto si fondano su una relazione oggettiva tra ciò che viene detto e la realtà. Queste, siccome sarebbero funzionali alla formazione delle opinioni, sono tutelate dall'art. 5 GG, ammesso però che le stesse siano vere. La relazione oggettiva tra ciò che viene detto e la realtà, renderebbe possibile valutare la veridicità o meno del contenuto delle asserzioni di fatto. Ragion per cui, la tutela prevista dall'art. 5 GG, rivolta anche alle *Tatsachenbehauptungen*, cesserebbe qualora queste non contribuissero alla formazione delle opinioni perché considerate false. Cfr. NJW 1994, pag. 1779. Interessante è la contraddizione che viene in rilievo alla luce del ragionamento della Corte qui delineato, in riferimento alle condotte criminalizzate dal § 130 III StGB. Il reato di negazionismo in Germania non si limita solo alla *negazione*, punendo anche le condotte di *approvazione* e *minimizzazione*. La negazione di un fatto vero costituisce senza dubbio una falsa asserzione di fatti che non rientra nella tutela dell'art. 5 GG. Minimizzare e approvare rappresentano, però, un giudizio, un parere o una presa di posizione alla cui base sussiste una relazione soggettiva tra ciò che viene detto e l'individuo. Dunque, almeno l'approvazione, attraverso la quale un individuo non nega ma anzi riconosce la realtà dei fatti che approva, dovrebbe rientrare nella tutela della libertà di espressione ex art. 5 GG. Sul punto v. Ö. D. AYDIN *Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Freiburg im Breisgau, 2006, pag. 460.

¹⁵⁹ La minimizzazione grossolana, o anche semplice, oltre ad essere richiamata dalla suddetta Decisione Quadro, è prevista dal § 130 III StGB in Germania, § 3h *Verbotsgesetz* in Austria,

¹⁶⁰ Prevista dal § 3h *Verbotsgesetz* in Austria e dal § 130 III StGB in Germania

¹⁶¹ Prevista dall'art. 261-bis StGB in Svizzera

¹⁶² Prevista dall'art. 510 c.p. in Spagna.

¹⁶³ Il verbo *contestare* ha un'accezione più ampia rispetto al verbo *negare*. Le condanne in Francia per negazionismo hanno avuto ad oggetto anche altre tipologie di condotta non riconducibili esclusivamente alla negazione. Sul punto E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano 2012, pag. 51.

¹⁶⁴ Sul punto si è discusso molto soprattutto durante la seconda lettura alla Camera, dopo che il Senato aveva eliminato tale "ancoraggio". In tal modo si è lamentata la difficoltà del giudice italiano a dover stabilire la natura di crimini internazionali, essendo privo degli strumenti o delle competenze. Cfr. il Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 634 di mercoledì 8 giugno 2016.

liana del reato di negazionismo sarebbe stata sicuramente conforme alla Decisione Quadro 2008/913/GAI¹⁶⁵ e per certi aspetti alla disposizione francese¹⁶⁶. Questa condizione rappresentava una differenza in riferimento al reato di negazionismo previsto in Austria, Germania e Svizzera.

In base al secondo criterio – *gli atti di un organismo internazionale o sovranazionale* –, non essendo indicato quale potesse essere tale organismo, e prevedendo come unico criterio identificativo la partecipazione dell'Italia come suo Paese membro, l'attenzione sarebbe andata subito alle Istituzioni dell'UE e all'Organizzazione delle Nazioni Unite, e ai più recenti atti significativi in tal senso. Ci si riferisce alla risoluzione del Parlamento Europeo che ha riconosciuto il genocidio armeno¹⁶⁷, esempio emblematico di crimine internazionale, la cui natura giuridica viene contestata¹⁶⁸.

Si tratta di un evento risalente oramai a più di un secolo fa. Come noto, mentre molti Stati e organizzazioni internazionali hanno riconosciuto che i massacri perpetrati a danno degli armeni costituiscono crimine di genocidio¹⁶⁹, resta ferma la posizione della Turchia che non accetta questa verità storica, ma ne ufficializza un'altra, diversa e falsa¹⁷⁰.

Concepire il reato di negazionismo in rapporto alla questione armena risulta estremamente problematico. Manca la certezza storica su cui si fonda la logica di ogni fattispecie che intenda criminalizzare la negazione di fatti, dal momento che gli eredi dei perpetratori non condividono la verità storica elaborata dalle vittime¹⁷¹, e non intendono assumersi la responsabilità per tali crimini, primo passo per fare chiarezza su eventi tanto complessi¹⁷².

Il passo della disposizione italiana che ancorava i crimini agli *atti di un organismo internazionale o sovranazionale di cui l'Italia è Paese membro*, avrebbe reso la fattispecie ancora più indeterminata, oltre che pericolosa. Organismi politici avrebbero giocato un ruolo determinante nella definizione della verità storica tutelata con il diritto penale. Non fare riferimento esclusivamente alla sussistenza di una sentenza passata in giudicato di una Corte internazionale, atto di natura giudiziaria, ma anche ad atti di un organismo internazionale o sovranazionale, atto di natura politica¹⁷³, avrebbe risolto, ad esempio, la questione riguardante la criminalizzazione del negazionismo del genocidio armeno, in senso a questa favorevole. Gli eventi del 1915 sembrerebbero non essere oggetto di sentenze passate in giudicato di un tribunale internazionale¹⁷⁴. Il riferimento all'atto dell'organismo internazionale e sovranazionale, avrebbe risolto a caro prezzo questa mancanza¹⁷⁵. Sarebbe stato lecito allora ipotizzare che, se fosse entrata in vigore la fattispecie modificata in prima lettura dalla Camera, si sarebbe potuto punire anche la negazione di altri crimini commessi durante il XX secolo, per i quali sussistono o potrebbero in futuro sussistere atti di organismi sovranazionali o internazionali che ne riconoscono

¹⁶⁵ La Decisione Quadro suggerisce al comma 4 dell'art. 1 che ogni Stato membro può rendere punibili le condotte indicate nei commi precedenti qualora i crimini presi di riferimento siano stati accertati da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato membro e/o di un tribunale internazionale. Non viene invece previsto nessun riferimento ad un atto di un organismo sovranazionale o internazionale, così come prevedeva la modifica introdotta dalla Camera la norma in Italia.

¹⁶⁶ In Francia la norma individua i crimini di cui viene fatto divieto di contestazione tramite un esplicito riferimento allo Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, qualora gli stessi siano stati commessi da un'organizzazione criminale, così come dichiarata tale dall'art. 9 del medesimo statuto, o se quegli stessi crimini siano stati commessi da una persona condannata da un tribunale francese o internazionale.

¹⁶⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 15 aprile 2015 sul centenario del genocidio armeno (2015/2590(RSP))

¹⁶⁸ Per un'analisi del genocidio armeno, si guardino T. AKÇAM, *Nazionalismo turco e genocidio armeno. Dall'impero ottomano alla Repubblica*, Milano 2006, pag. 170 ss.; Y. TERNON, *Lo stato criminale. I genocidi del XX secolo*, Milano 1995, pag. 167 ss.

¹⁶⁹ Da ultimo la Risoluzione 18/8613 del Parlamento tedesco che riconosce ufficialmente il genocidio armeno.

¹⁷⁰ La Turchia si è impegnata in una vera e propria opera di purificazione del proprio passato. I pochi lavori scientifici consentiti sul tema, sono stati finanziati dallo Stato stesso, con l'obiettivo di confutare le calunnie e le bugie contro la Turchia. Cfr. T. AKÇAM, *op. cit.*, pag. 170 ss.; v. anche Y. TERNON, *op. cit.*, pag. 181 ss.

¹⁷¹ Cfr. H. VEST, *Zur Leugnung des Völkermords an den Armeniern 1915*, in *AJP* 2000 I, pag. 66 ss.

¹⁷² “[...] in Turchia, i regimi successivi si sono chiusi in un sistema di negazione che era stato fabbricato loro dai criminali stessi. Il genocidio armeno fu perpetrato nella menzogna e nella menzogna compiuta.”, cfr. Y. TERNON, *op. cit.*, pag. 180.

¹⁷³ Cfr. *supra* nota n. 69.

¹⁷⁴ In realtà dal 1919 al 1922 operò il Tribunale Militare di Costantinopoli, che accertò le responsabilità dei giovani turchi. Inoltre, anche dal punto di vista politico e diplomatico, furono molte le prese di posizione che confermavano i massacri intenzionali compiuti a danno degli armeni. Tale documentazione è stata sin da subito secretata da parte della Turchia. Cfr. Y. TERNON, *op. cit.*, pag. 176 ss.; cfr. anche T. AKÇAM, *Death Sentences Handed Down by the Military Tribunal in Istanbul*, in V. N. DADRAN – T. AKÇAM, *Judgment at Istanbul. The Armenia Genocide Trials*, 2011, pag. 195.

¹⁷⁵ In tal modo, si sarebbe creata una situazione simile a quella che in Francia il *Conseil Constitutionnel* ha dichiarato incostituzionale: la rilevanza penale della negazione di fatti accertati/riconosciuti da atti di natura politica.

la fattualità. Ci si riferisce, ad esempio, al massacro degli Herero¹⁷⁶, quello di Nanchino¹⁷⁷, l'Holodomor, il massacro di Katyn¹⁷⁸ etc. Si tratta di eventi, vicini o lontani, che non godono della stessa "fama" dell'Olocausto. In molti casi mancano sentenze di tribunali internazionali, su altri si è abbattuto un forte e duraturo negazionismo di Stato¹⁷⁹, che rende impossibile accettare l'idea di ancorare la veridicità di simili crimini a una decisione politica. La politica corrompe la verità, la trasforma in qualcosa di funzionale agli interessi di colui che se ne serve. È auspicabile, quindi, che la verità resti fuori dalla politica¹⁸⁰. Per mere circostanze politiche, ad esempio, la verità sul massacro di Katyn, commesso dai sovietici ma attribuito per decenni ai nazisti, è venuta fuori solo negli ultimi anni. Il massacro degli Herero, un evento quasi del tutto anonimo, è stato solo negli ultimi anni riconosciuto come genocidio dalla Germania. Il massacro di Nanchino, compiuto dai giapponesi a danno degli abitanti della vecchia capitale cinese durante la II Guerra Mondiale, tra i più abominevoli e cruenti del XX sec., è stato per anni negato dal Giappone.

5.2.1. *Fattispecie temporalmente chiuse.*

Prima di indicare cosa si intende per fattispecie temporalmente chiuse, occorre qualche breve cenno al fenomeno del negazionismo, per contrastare il quale si è fatta sentire col tempo la necessità di adoperare lo strumento penale. Tale fenomeno si è sviluppato principalmente intorno alla negazione dell'Olocausto¹⁸¹. Questo macro evento rappresenta il crimine di genocidio che ha avuto maggior risonanza per il mondo intero. Se da un lato si è sempre parlato di singolarità di Auschwitz¹⁸², dall'altro il processo di comprensione e ricostruzione della verità storica, facilitato anche dalla totale e immediata assunzione di responsabilità da parte della Germania¹⁸³, ha contribuito alla diffusione della conoscenza di un evento che ha cambiato le sorti del genere umano¹⁸⁴. La certezza dei fatti ha trasformato tale verità storica in un facile bersaglio per i primi negazionisti *post facto*¹⁸⁵. L'Olocausto rappresenta, inoltre, uno dei più

¹⁷⁶ Si tratterebbe, secondo alcuni storici, del primo genocidio compiuto nel XX secolo tra il 1904 e il 1908 da parte delle truppe tedesche contro le popolazioni Herero e Nama. Il governo tedesco se n'è assunta la responsabilità solo nell'estate 2015, parlando apertamente di genocidio. Consultabile in [questa pagina web](#).

¹⁷⁷ I. CHANG, *The Rape of Nanking. The Forgotten Holocaust of the World War II*, 1997, pag. 199 ss.

¹⁷⁸ Si tratta dell'uccisione sommaria di 4000 ufficiali polacchi sterminati nella foresta di Katyn nel 1940. Un paio di anni dopo fu scoperto l'omicidio di massa che dai nazisti fu attribuito ai sovietici e da questi ultimi ai primi. Solo negli anni '90 la verità sulla responsabilità dell'Unione Sovietica è venuta fuori. Cfr. S. W. SLOWES, *Der Weg nach Katyn*, Hamburg 2000.

¹⁷⁹ È questo il caso della Turchia, che sin dai primi anni successivi ai massacri a danno degli armeni, ha sempre negato, e continua a negare, le proprie responsabilità; è questo il caso dell'Unione Sovietica per quanto riguarda l'*Holodomor* – la morte inflitta attraverso la fame – compiuto in Ucraina dal 1929 al 1933, anch'esso riconosciuto dal Parlamento Europeo con un Risoluzione del 23 ottobre del 2008; è questo, ancora, il caso della Russia che per decenni ha negato le proprie responsabilità, attribuendole ai tedeschi, del massacro di Katyn, solo negli ultimi anni riconosciuto; è questo il caso, spostandoci dall'altra parte del mondo, del Giappone, che ha negato e in parte continua a negare, escludendo dai libri di Storia, l'orrore di cui si è macchiato durante la seconda guerra mondiale, la responsabilità per il massacro di Nanchino; è questo il caso della Cambogia, ma la lista sarebbe troppo lunga, quindi ci si ferma qui.

¹⁸⁰ „Wer nichts will als die Wahrheit sagen, steht außerhalb des politischen Kampfes, und er verwirkt diese Position und die eigene Glaubwürdigkeit, sobald er versucht, diesen Standpunkt zu benutzen, um in die Politik selbst einzugreifen.“ Così H. ARENDT, *Wahrheit und Politik*, in *Wahrheit und Lüge in der Politik*, Piper 2015, pag. 73.

¹⁸¹ Per un quadro di insieme sul negazionismo "olocaustico", cfr. C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, pag. 3 ss.; cfr. anche BAILER-GALANDA-BENZ-NERUGEBAUER (Hg), *Wahrheit und Auschwitzlüge*, Wien 1995, pag. 16 ss.

¹⁸² Per la singolarità del genocidio degli ebrei, fondata su un'analisi che pone a confronto altri innumerevoli eventi della stessa natura, cfr. Y. TERNON, *op. cit.*, pag. 121 ss.; confrontando i crimini sovietici con l'Olocausto, „In dieser Beziehung ist Auschwitz so einzigartig wie der Mount Everest.“ Cfr. I. GEISS, „Massaker in der Weltgeschichte“, in BACKES-JESSE-ZIETELMANN (Hrsg.), *Die Schatten der Vergangenheit. Impulse zur Historisierung des Nationalsozialismus*, Berlin 1990, pag. 122. Z. BAUMANN, *Modernità e Olocausto*, Bologna 2010, pag. 125ss.

¹⁸³ La Germania è l'unico paese che ha riconosciuto i fatti senza nasconderli, accettando le responsabilità e le conseguenze che ne sarebbero derivate. Cfr. Y. TERNON, *op. cit.*, pag. 180.

¹⁸⁴ L'Olocausto non è stato oggetto di studi da parte delle sole scienze storiche e giuridiche. La sua importanza ha coinvolto tutte le scienze umane, che hanno cercato prima di tutto di capirlo, per poi spiegarlo ed eventualmente rivelare la verità sull'uomo e la società in cui tale evento si è materializzato. Considerando che la letteratura è sconfinata, sono riportati solo alcune delle opere principali lette. Dal punto di vista della psicologia si veda S. MILGRAM, *Obedience to Authority*, USA 1974, ma anche B. BETTELHEIM, *Il cuore vigile*, Adelphi 1998; per quanto riguarda la sociologia si veda Z. BAUMANN, *Modernità e Olocausto*, il Mulino, 2010; in campo filosofico le colossali opere di H. ARENDT, *Le origini del Totalitarismo*, Einaudi 2014, ma anche *La banalità del male*, Feltrinelli 2007; si ricorda inoltre che anche le scienze naturali hanno apportato il loro contributo sulla verità dell'Olocausto, attraverso esami scientifici in contro-risposta al "negazionismo tecnico", sul punto v. C. VERCELLI, *op. cit.*, pag. 110.

¹⁸⁵ Con questa espressione si intende distinguere i negazionisti che hanno cominciato la loro opera di negazione successivamente alla commissione del fatto da loro negato, dai nazisti o in generale dai perpetratori di un crimine di genocidio, i quali accompagnano la loro opera di sterminio ad una costante negazione della stessa. „Tutte le tappe del genocidio portano l'impronta della negazione“, così Y. TERNON, *op. cit.*, pag. 96. Si veda sul punto anche C. VERCELLI, *op. cit.*, pag. 30 ss.

remoti crimini di Genocidio del XX secolo, cosicché un sempre più crescente numero di cialtroni¹⁸⁶, accademicamente qualificati o meno, ha avuto tempo sufficiente per diffondere idee negazioniste e contribuire allo sviluppo del fenomeno¹⁸⁷. Infine, la tragedia dell'Olocausto ha avuto luogo nel cuore dell'Europa occidentale, rendendo estremamente vicino anche il fenomeno del negazionismo continentale e d'oltreoceano, dove ha maggior libertà di manovra¹⁸⁸. Tutto ciò spiega perché le prime fattispecie penali avessero e continuano ad avere ad oggetto l'Olocausto o più in generale i crimini nazisti.

5.2.1.1. *Francia: art. 24-bis loi sur la liberté de la presse.*

La Francia è stato il primo Paese in Europa a introdurre il reato di negazionismo. L'art. 24-bis della legge sulla libertà di stampa, modificato dall'art. 9 della legge n. 615 del 1990 (*Loi Gayssot*) e da ultimo modificato dall'art. 5 della legge 1353 del 2014, criminalizza la contestazione dei crimini contro l'umanità così come definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga. Il riferimento, dunque, è ai soli crimini Nazisti. È prevista la pena fino a un anno di reclusione o l'ammenda pari a € 45.000,00. Di recente si è cercato di estendere la portata della norma anche al genocidio armeno, andando incontro, tuttavia, ad una pronuncia di incostituzionalità. Fondamentali in tal senso le *lois memoriels*, attraverso le quali più volte il Legislatore francese è intervenuto per mettere al sicuro dai pericoli dell'oblio gli eventi del passato. Nel 2001 la Francia ha riconosciuto ufficialmente il genocidio armeno con la legge n. 70. Nel 2012 il Legislatore francese, per dare consistenza e significato alla legge del 2001, introduce un nuovo art. 24-ter nella legge per la libertà di stampa, tramite il quale si attribuisce rilevanza penale alla contestazione dei genocidi riconosciuti dalla legge. Il *Conseil Constitutionnel* dichiarerà incostituzionale quest'ultima norma¹⁸⁹, affermando che il Legislatore non può farsi giudice della storia e stabilire quali siano i crimini di cui poi si vieta la contestazione. Per l'Olocausto sussistono sentenze di tribunali internazionali. Di conseguenza, anche il sacrosanto principio della separazione dei poteri sarebbe così salvaguardato¹⁹⁰.

5.2.1.2. *Austria: § 3h Verbotsgesetz.*

La fattispecie del reato di negazionismo in Austria si inserisce nel quadro della *Verbotsgesetz* promulgata nel 1947¹⁹¹. L'obiettivo principale di questa legge era quello di risolvere le problematiche legate al passato nazionalsocialista austriaco¹⁹². La sua natura costituzionale la rende immune da un eventuale giudizio di incostituzionalità, dal momento che la conformità alla costituzione viene considerata quasi *a priori*¹⁹³. Nel 1992 il Legislatore austriaco ha introdotto il nuovo § 3h che disciplina il reato di negazionismo attraverso la criminalizzazione di quattro diverse condotte: *minimizzazione grossolana, approvazione, negazione e tentativo di*

¹⁸⁶ Termine utilizzato da P. Battista in un articolo del Corriere della Sera il 9 maggio 2016, *Perché è liberticida la legge sul negazionismo*.

¹⁸⁷ Subito dopo la fine del secondo conflitto mondiale, riabilitare il nazionalsocialismo costituiva un punto essenziale per i suoi sostenitori. Considerata l'opinione mondiale sui fatti commessi dai nazisti, l'unico modo per raggiungere lo scopo, era negare tali fatti. Per questo motivo, la negazione del genocidio in sé, si intreccia con un revisionismo storico che ha ad oggetto, ad esempio, un'altra questione, la c.d. *Kriegsschuldfrage* – la responsabilità del conflitto mondiale. Sul punto v. C. VERCELLI, *op. cit.*, pag. 34 ss.; W. BENZ, „Revisionismus in Deutschland“, in *Wahrheit und Auschwitzlüge*, pag. 33 ss.

¹⁸⁸ Il primo Emendamento della Costituzione degli USA recita: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”. Non viene riconosciuto semplicemente un principio di libertà di manifestazione del pensiero, come accade nella maggior parte delle Costituzioni europee, ma si impone un rispetto assoluto dello stesso attraverso obblighi di *non facere* per il congresso. Un interessante analisi comparatistica che analizza la questione del negazionismo anche da questa prospettiva è condotta da A. R. KAHN, *Holocaust Denial and the Law. A comparative study*, USA 2004, pag. 123.

¹⁸⁹ Sentenza n. 647 del 2012.

¹⁹⁰ Cfr. E. FRONZA, *op. cit.*, pag. 96 ss.

¹⁹¹ Sull'evoluzione della legge, cfr. GRIESSER, *Verurteilte Worte*, Peter Lang 2012 pag. 93 ss.

¹⁹² Per una visione di insieme sulla situazione postbellica in Austria e il contesto da cui è scaturita la *Verbotsgesetz*, v. HELLER/LOEBENSTEIN/WERNER, *Das Nationalsozialistengesetz, Das Verbotsgesetz 1947*, Wien 1948, pag. I/5. È esattamente il contesto storico a giustificare la smisuratezza della legge in questione, il quale, ad oggi, può certamente ritenersi superato, v. BERTEL, *Die Betätigung im nationalsozialistischen Sinn*, in *Festschrift für Winfried Platzgummer*, Springer-Verlag, Wien 1995, pag. 127.

¹⁹³ Cfr. LÄSSIG, in HOEPFEL/RATZ WK StGB, 2. Aufl. (2015) *Verbotsgesetz 1947* Rn. 3; „Das Verbotsgesetz steht im Verfassungsrang, womit der Einwand der Verfassungswidrigkeit schon im Ansatz fehlgeht.“ in OGH., 17.11.2009, 14 Os 81/09g SSt 2009/79 pag. 275; v. anche OGH 10.12.1993, 15 Os 1/93 in *Juristische Blätter* 1995 pag. 65.

giustificazione. I crimini oggetto di queste condotte sono esplicitamente il genocidio nazista e tutti gli altri crimini nazisti. La pena prevista va da uno a dieci anni di pena detentiva, fino a raggiungere i vent'anni di reclusione in caso di particolare pericolosità del soggetto agente.

5.2.1.3. *Germania: § 130 III StGB.*

La fattispecie del reato di negazionismo prevista in Germania criminalizza *l'approvazione, la negazione e la minimizzazione* esclusivamente del genocidio nazista. Sembra essere la meno estesa in relazione ai crimini presi di riferimento. La disposizione, attraverso il rinvio al § 6 VStGB, pone ad oggetto delle condotte punibili ex § 130 III il solo crimine di genocidio attribuito al totalitarismo nazista. In altre parole, è punibile il solo negazionismo dell'Olocausto e del genocidio, commesso dai nazisti, di tutti gli altri gruppi individuabili tramite i criteri classici: religione, nazionalità, etnia o razza. Oltre il genocidio degli ebrei, assumono rilevanza anche quello dei Sinti e Roma, dei polacchi, dei russi, e di tutti gli eventuali individui raggruppabili secondo i criteri appena menzionati. Resterebbero fuori dalla portata della disposizione tutte le azioni criminose poste in essere dai nazisti, non riconducibili all'insieme delle singole azioni di genocidio compiute con l'intenzione di distruggere un gruppo: il progetto di Eutanasia, così come lo sterminio degli omosessuali, o degli oppositori politici etc.¹⁹⁴. Con l'introduzione nel 2005 del IV comma del § 130 questa lacuna viene risolta. La nuova disposizione criminalizza *l'approvazione, glorificazione, e giustificazione* facendo riferimento alla dittatura e all'assolutismo nazista¹⁹⁵. Tutti gli altri crimini nazisti di natura non genocidaria divengono oggetto delle condotte punibili ex § 130 comma IV. Mentre quest'ultimo comma prevede la reclusione fino a 3 anni o la pena pecuniaria, il comma III commina una pena fino a 5 anni di reclusione o la pena pecuniaria.

5.2.2. *Italia e Svizzera: due fattispecie temporalmente aperte.*

In entrambi i paesi la fattispecie si inserisce nell'ambito della discriminazione razziale. L'art. 261-bis del codice penale svizzero è rubricato in questi termini e introduce al penultimo comma il reato di negazionismo¹⁹⁶.

Il Legislatore svizzero ha criminalizzato oltre *la negazione* anche *l'approvazione e il tentativo di giustificazione*. Similmente però a quanto prevede oggi la fattispecie italiana, i crimini cui fa riferimento la disposizione in Svizzera sono tutti i crimini di genocidio e i crimini contro l'umanità¹⁹⁷. Ciò costituisce, come più volte ribadito, una grave carenza di determinatezza, in aggiunta alla già precaria determinatezza che il reato di negazionismo si porta dietro, qualsiasi sia il modo o il Paese in cui esso sia stato disciplinato¹⁹⁸. Sia in Svizzera che in Italia le disposizioni rappresentano una fattispecie generale entro cui sembra essere possibile ricondurre qualsiasi evento di genocidio o crimine contro l'umanità¹⁹⁹. Cosa può effettivamente considerarsi

¹⁹⁴ A tal proposito cfr. OSTENDORF, in NK-StGB, 1. Aufl. (1995) § 130 Rn. 24; STERNBERG-LIEBEN, in SCHÖNKE/SCHRÖDER StGB, 29. Aufl. (2014) § 130 Rn. 16; KRAUSS in LK-StGB, 12. Aufl. (2009) § 130 Rn. 108.

¹⁹⁵ Il riferimento alla dittatura e all'assolutismo nazista abbraccia tutte quelle violazioni poste in essere dal nazionalsocialismo, e non si limita al movimento politico in sé. Sarebbero quindi i crimini, realizzati durante gli anni di terrore nazista, a costituire oggetto delle condotte punibili. In questo senso già i lavori preparatori in sede parlamentare „Billigen ist grundsätzlich als Gutheißen von unter der NS-Herrschaft begangenen Menschenrechtsverletzungen zu verstehen.“, in BTDrucks 15/5051 pag. 5; cfr. Anche BHG NStZ 2006 335 pag. 337; inoltre volendo precisare che la fattispecie non criminalizza opinioni il BVerfG afferma: „Bestraft wird damit das Gutheißen nicht von Ideen, sondern von realen Verbrechen, die in der Geschichte einmalig und an Menschenverachtung nicht zu überbieten sind.“, in NJW, 2010 47 pag. 53 § 81; critico FISCHER, StGB 62. Aufl. (2015) § 130 Rn. 34.

¹⁹⁶ Tuttavia, la variante n.2 del comma 4 dell'art. 261-bis del codice penale svizzero, che introduce il reato di negazionismo, si porrebbe fuori dalla logica generale dell'intera disposizione rivolta a contrastare la discriminazione razziale. Così REHBERG, *Strafrecht IV Delikte gegen die Allgemeinheit*, 2. Aufl. (1996), pag. 187 let. d); STRATENWERTH, *Strafrecht BT 4.*, Aufl. (1995), § 39 Rn. 37; DONATSCH/WOHLERS, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 4. Aufl. 2011, § 52 pag. 234; cfr. anche BGE 129 IV 95 3.4; Critico sul punto NIGGLI, *op. cit.*, Rn. 1320; v. anche METTLER, *Basler Kommentar StGB*, 2. Aufl. (2007), § 261-bis Rn.58.

¹⁹⁷ Anche in Svizzera manca l'ancoraggio dei fatti a una sentenza passata in giudicato di un qualsiasi tribunale internazionale.

¹⁹⁸ Sul punto v. anche M. CAPUTO, *op. cit.*, pag. 49, secondo il quale, ammessa la necessità di un'autonoma fattispecie di reato, sostiene che la stessa „dovrebbe essere pertanto tipizzata, [...], per colpire negazioni di accadimenti circoscritti, sintomatici, a un tempo, del credo negazionista e della realtà dell'Olocausto, come ad esempio l'uso delle camere a gas e dei forni crematori.“

¹⁹⁹ La disposizione italiana fa riferimento è anche ai crimini di guerra.

oggetto delle condotte punibili?²⁰⁰ È una domanda cruciale, considerata la severità delle pene previste soprattutto dalla fattispecie italiana, che si discosta da quella svizzera il cui massimo edittale è di tre anni, prevedendo in alternativa anche la pena pecuniaria.

Il reato di negazionismo in Svizzera, così come in Italia, proprio per la sua apertura non si vincola semplicemente al passato, bensì si apre anche al presente e al futuro. Dalla lotta al negazionismo dell'Olocausto si passa alla lotta al negazionismo della storia. In altre parole, non essendo vincolata a eventi storici particolari e determinati, la norma si pone in maniera tale da poter essere applicata anche a quelle condotte che avranno ad oggetto eventi non ancora verificatisi.

Gli eventi cui la norma fa riferimento nella loro configurazione generale ed astratta, sono estremamente complessi e qualificarli giuridicamente è di conseguenza un'operazione altrettanto difficile²⁰¹. Prima di poter parlare di crimine di guerra, di genocidio o contro l'umanità, è necessario ricostruire i fatti. Quando si sarà raggiunto quel grado di verità, al di là del quale si potrà parlare in maniera definitiva di un crimine di siffatta natura e per questo non più negabile? In assenza di tale certezza storica, mancherebbe sostanzialmente la premessa logica ai fini della configurabilità del reato di negazionismo²⁰². È essenziale che il fatto appaia come certo, non più dubitabile²⁰³, quindi giuridicamente qualificabile²⁰⁴, affinché sia possibile ipotizzare l'opportunità di punire condotte di negazionismo. Che sia poi opportuno anche per esigenze politico-criminali, è tutt'altro discorso.

6. Conclusioni.

La normativa introdotta in Italia, e l'*iter* parlamentare che l'ha preceduta, lasciano affiorare le contraddizioni che sono legate imprescindibilmente alla criminalizzazione del negazionismo. Innanzi tutto non risulta agevole qualificare univocamente la natura giuridica della fattispecie. Il combinarsi dell'elemento della *negazione* con quello del *concreto pericolo di diffusione*, fa deporre a favore di un titolo autonomo di reato.

Con l'espressione *ne derivi concreto pericolo di diffusione*, il Legislatore ha previsto un reato di pericolo concreto, che impone al giudice di accertare il pericolo di diffusione dell'opinione negazionista. Tuttavia, per quanto concerne la condotta di propaganda, in sede di accertamento il concreto pericolo rischia di trasformarsi in pericolo astratto, se non addirittura presunto. Se il giudice accerta una condotta di propaganda di discriminazione fondata *in tutto o in parte* sulla negazione, il più delle volte sarà superfluo accertare che sia derivato *concreto pericolo di diffusione* dell'opinione negazionista.

Realizzata la propaganda, imputabile a titolo di dolo generico, il fatto che *ne derivi concreto pericolo di diffusione* dell'opinione negazionista si imputa al soggetto senza accertare l'elemento soggettivo sotteso alla negazione. Per dare piena attuazione al principio di colpevolezza, il giudice dovrà valutare che l'individuo, ponendo in essere una condotta di propaganda di discriminazione, abbia agito con l'ulteriore scopo di diffondere la negazione di crimini internazionali ovvero potesse rappresentarsi tale rischio, e nonostante quest'eventualità, abbia ugualmente

²⁰⁰ Parte della dottrina svizzera, che ha avuto già modo di ragionare sull'argomento, ha individuato dei criteri interpretativi funzionali a delimitare gli eventi che possono essere oggetto di condotte negazioniste penalmente rilevanti: un primo, negativo, parte dal presupposto che la disposizione sia chiamata a tutelare la dignità umana delle vittime, ed esclude quindi tutti quei fatti la cui negazione non potrebbe più porre in essere simile violazione poiché gli eventi in questione sono ormai troppo lontani nel tempo; un secondo criterio, positivo, si fonderebbe sulla possibilità di fare riferimento a una sentenza di un tribunale internazionale che si sia pronunciato in tal senso. Cfr. NIGGLI, *op. cit.*, Rn. 1398-1401.

²⁰¹ L'assoluta certezza della natura fattuale di determinati crimini, rappresenta l'unica possibilità di qualificarli giuridicamente in un modo o nell'altro. In questo senso, per quanto riguarda il genocidio armeno, cfr. H. VEST, *op. cit.*, pag. 66.

²⁰² Certo si sarebbe potuto fare affidamento, com'era stato proposto dalla Camera, agli atti di un organismo internazionale, e la stessa dottrina svizzera suggerisce che in simili casi è necessario aspettare il responso di una commissione di inchiesta chiamata a fare chiarezza sui fatti, v. NIGGLI, *op. cit.*, Rn. 1410; METTLER, BK § 261bis Rn. 60. A ben vedere però, un simile accertamento di natura politica accrescerebbe i rischi connessi al reato di negazionismo, oltre che condurre a una strumentalizzazione politica di crimini orribili.

²⁰³ „Die geleugnete Tatsache hat als unzweifelhaft zu gelten“, così METTLER, BK § 261-bis, Rn. 60.

²⁰⁴ Tuttavia, porre la qualificazione giuridica di un evento di siffatta natura come presupposto del reato di negazionismo, lascerebbe fuori dalla portata della fattispecie quegli eventi che *de facto* sono inquadrabili come genocidio, crimini di guerra o crimini contro l'umanità, ma che non sono stati qualificati giuridicamente. Sul punto v. E. FRONZA, *Brevi riflessioni sul reato di negazionismo – La storia che passa in giudicato?*, in *Storia E*, Rivista della Sovrintendenza Scolastica di Bolzano, Anno 7 n.1,2,3 -2009, pag. 11.

posto in essere la condotta²⁰⁵.

Infine, la pena della reclusione da due a sei anni non risponde ai canoni di proporzionalità. Ciò comporta notevoli conseguenze per l'inapplicabilità di istituti volti a soddisfare esigenze di politica criminale, nonché di miglioramento dell'efficienza della giustizia.

A ben vedere, il reato di negazionismo risulta problematico non solo giuridicamente, data la disattenzione esibita nei confronti di importanti principi del diritto penale costituzionalmente orientato²⁰⁶. Punire l'opinione negazionista ha conseguenze che coinvolgono le fondamenta della nostra società, quelle stesse che si intende salvaguardare. Nella breve analisi comparatistica, è stata evidenziata la differenza tra fattispecie temporalmente chiuse e fattispecie temporalmente aperte. È emersa una crescente indeterminatezza, legata all'estensione del raggio d'azione della norma anche a crimini che non ci riguardano da vicino come l'Olocausto, e che non raggiungono il grado di certezza storica che caratterizza quest'ultimo.

Che sia possibile e giusto criminalizzare la negazione dell'Olocausto, è un'ipotesi avanzata da molti²⁰⁷, sia per l'ormai indiscussa evidenza di questo macro-evento, sia per l'attacco che il negazionismo olocaustico²⁰⁸ arreca alla nostra civiltà²⁰⁹. I meccanismi che si mettono in moto a partire da questa premessa portano, tuttavia, a effetti collaterali non trascurabili. Si è detto che il bene giuridico tutelato da simili fattispecie è, il più delle volte, la dignità umana²¹⁰. Di conseguenza, la rilevanza penale viene estesa anche alla negazione di altri crimini internazionali²¹¹. A questo risultato vi si giunge proprio perché il sistema non può e non deve rinunciare alla coerenza che gli è propria. Vittime sono stati gli ebrei, gli armeni, i cinesi a Nanchino, gli Herero in Africa, i soldati polacchi a Katyn, etc. etc. Il che è lo stesso, vittime quelle dei nazisti, degli ottomani, dei giapponesi, etc. etc. Da una parte le vittime, dall'altra i carnefici. È l'uomo che fa violenza all'uomo²¹², generando milioni di morti per i quali non è possibile fare distinzione alcuna. Se si ritiene giusto criminalizzare la negazione della Shoah, non si può non punire la negazione di tutti gli altri crimini in cui si è materializzata tale dinamica.

Si violerebbe il principio di eguaglianza, la pari dignità delle vittime e dei superstiti di crimini particolarmente efferati²¹³. L'unicità dell'Olocausto rischia di smarrirsi nel momento in cui la si voglia salvaguardare attraverso la sanzione penale.

Non avrebbe senso nemmeno ipotizzare di introdurre fattispecie di negazionismo in conformità alla storia di ogni singolo Stato²¹⁴. In tal modo, oltre alla dignità delle vittime, si

²⁰⁵ In tale ultimo caso, il fatto si imputerebbe a titolo di dolo eventuale. Sul punto significativa è la sentenza delle Sezioni Unite del 18 settembre 2014 n. 38343, concernente il caso ThyssenKrupp. Secondo i giudici l'accettazione del rischio non costituisce un criterio idoneo a definire il dolo eventuale. In merito critico A. AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014, pag. 10 ss.

²⁰⁶ I problemi giuridici riguardanti il reato di negazionismo vengono riassunti in maniera esaustiva da A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, pag. 26; anche C. VISCONTI, *op. cit.*, pag. 236 ss.

²⁰⁷ Tra tutti si vedano M. CAPUTO, *op. cit.*, pag. 49 che esige una puntuale tipizzazione delle norme; A. DI GIOVINE, *op. cit.*, pag. 27; D. BIFULCO, *"Che cos'è la verità?" Il silenzio di Gesù, l'eloquio del diritto e le soluzioni delle democrazie contemporanee in tema di negazionismo*, in AA.VV., *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, a cura di F. R. RECCHIA LUCIANI – L. PATURNO, 2013, pag. 19 ss., nella stessa raccolta di scritti, cfr. anche D. DI CESARE, *Negare la Shoah. Questioni filosofico-politiche*, pag. 69 ss.; M. MATUSCHEK, *Erinnerungsstrafrecht. Eine Neubegründung des Verbots der Holocaustleugnung auf rechtsvergleichender und sozialphilosophischer Grundlage*, Berlin 2012, pag. 30 ss.; Dubbio sulla condotta di negazione per i contrasti con la libertà di espressione, mentre favorevole alle condotte di minimizzazione e approvazione, poiché riflesso di una *qualifizierte Auschwitzlüge*, D. BEISEL, *Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des neuen § 130 StGB*, in NJW 1995, pag. 1001; ponendo attenzione all'identità del gruppo preso di mira A. GUYAZ, *L'incrimination de la discrimination raciale*, (1996) pag. 240 ss.

²⁰⁸ Si esprime in questi termini C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, pag. 3.

²⁰⁹ Parla di attacco al *patto etico*, quale collante delle società contemporanee, pur prendendo le distanze da una criminalizzazione del fenomeno in questione E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, pag. 166 ss.; della stessa autrice, v. sul punto anche *Brevi riflessioni sul reato di negazionismo – La storia che passa in giudicato* pag. 16.

²¹⁰ Per un'interessante riepilogo dei diversi beni giuridici tutelati dal reato di negazionismo previsto in Germania, cfr. I. JUNGE, *Das Schutzgut des § 130 StGB*, AUSBURG 2000, pag. 110 ss.

²¹¹ "Citizens of the Baltic states, who suffered so terribly under Stalin, will ask why only denial of the Holocaust should be criminalised and not denial of the gulag". T. G. ASH, *A blanket ban on Holocaust denial would be a serious mistake*, articolo del 18 gennaio 2007 pubblicato da *The Guardian*.

²¹² „Hier [in Auschwitz] ist etwas geschehen, was bis dahin niemand auch nur für möglich halten konnte. Hier ist an eine tiefe Schicht der Solidarität zwischen allem, was Menschenanlitz trägt, gerührt worden; die Integrität dieser Tiefenschicht hatte man bis dahin – trotz aller naturwüchsigen Bestialitäten der Weltgeschichte – unbesehen unterstellt. [...] Auschwitz hat die Bedingungen für die Kontinuität geschichtlicher Lebenszusammenhänge verändert – und das nicht nur in Deutschland.“ Cfr. J. HABERMAS, *Eine Art Schadensabwicklung. Kleine Politische Schriften VI*, Frankfurt 1987, pag. 163.

²¹³ Cfr. C. D. LEOTTA, *I limiti all'incriminazione del negazionismo del genocidio degli Armeni*, pag. 20.

²¹⁴ In tal senso si esprime anche la Grande Camera nel caso *Perinçek vs. Switzerland*, stabilendo che la Svizzera non ha nessun collegamento con il genocidio armeno, motivo per il quale sarebbe inopportuna la limitazione della libertà di espressione dovuta alla criminalizzazione della negazione del genocidio armeno. Cfr. C. D. LEOTTA, *op. cit.*, pag. 10.

vorrebbe tutelare anche l'identità storico-culturale di quel Paese²¹⁵. Tale prospettiva potrebbe apparire come la soluzione più plausibile, onde giustificare in quel determinato contesto la limitazione alla libertà di espressione²¹⁶. Internet e le nuove tecnologie, tuttavia, rendono la prospettiva anacronistica e impraticabile.

Quindi, se dall'opportunità di criminalizzare la negazione dell'Olocausto, discende la necessità di criminalizzare anche la negazione di altri crimini, "meno importanti per noi ma ugualmente importanti per altri", bisognerebbe rivedere proprio le premesse dalle quali siamo partiti. Che si tratti di salvaguardare la dignità delle vittime, l'ordine pubblico o la verità storica di eventi particolarmente importanti per la civiltà in cui viviamo e l'identità europea sorta dalle ceneri di Auschwitz, le implicazioni di un intervento penale si riversano su questi stessi beni giuridici. La verità storica verrebbe ufficializzata²¹⁷, e quindi svalutata in quanto privata della forza che le è propria per sopravvivere e imporsi²¹⁸; l'identità della civiltà europea sorta dopo l'Olocausto, laica e libera, subirebbe un duro colpo proprio sul versante del valore di una delle libertà più importanti, quella di manifestare liberamente il proprio pensiero, andando incontro a derive totalitarie.²¹⁹

Il negazionismo deve essere preso in considerazione²²⁰. Trattasi di un fenomeno che, in quanto tale, non può essere ignorato²²¹. Tuttavia, non dovrebbe essere il diritto penale a occuparsene²²². L'introduzione di una norma incriminatrice avente ad oggetto la negazione di un fatto storico, costituisce, a parere di chi scrive, il fallimento dello Stato sul versante dell'istruzione e della cultura²²³. È su questo piano che dovrebbe ergersi la difesa della nostra civiltà²²⁴, adottando tutti gli strumenti disponibili per dar vita a una battaglia culturale che è insieme espressione di democrazia e unica possibilità di vittoria. Considerare il diritto penale capace di risolvere il problema del negazionismo, come se fosse possibile, attraverso la previsione di un reato, eliminarlo alla radice, è illusorio e pericoloso. "[...] che leggi penali siano queste che non consentono di impedire i reati"²²⁵ Si tratta di contrastare opinioni o asserzioni di fatti. Un atto del pensiero che non soccombe di fronte a una reazione forte come quella posta in essere dal

²¹⁵ Nell'Europa occidentale, il reato di negazionismo è nato in riferimento all'Olocausto e in molti paesi vi resta tuttora ancorato. In altri paesi, come la Polonia, la negazione penalmente rilevante è più ampia. L'art. 55 del [Act of 18 December 1998 on the Institute of National Remembrance](#) recita: *Anyone who publicly and contrary to the facts denies crimes referred to in art. 1, point 1 shall be subject to a fine or the penalty of imprisonment of up to 3 years. The sentence shall be made public.* All'art. 1 fa riferimento non solo ai crimini nazisti, i crimini contro la pace, l'umanità e i crimini di guerra, ma anche ai *communist crimes*.

²¹⁶ Pone attenzione al contesto, in riferimento alla Francia, Germania, gli USA e il Canada, R. A. KAHN, *op. cit.*, pag. 160.

²¹⁷ Una verità ufficiale è la diretta conseguenza dell'introduzione del reato di negazionismo. In Austria, ad esempio, ciò viene sottolineato già durante i lavori parlamentari, v. *Stenographisches Protokoll* 59. Sitzung des Nationalrates der Republik Österreich, 27.02.1992, pag. 38. Le implicazioni si hanno anche in campo processuale, dal momento che gli eventi storici oggetto della norma assumono il carattere ufficiale della notorietà e sono di conseguenza esclusi da ogni possibile accertamento volto a stabilirne la veridicità in sede processuale, cfr. MAYERHOFER, *Nebenstrafrecht*, 5. Aufl. (2005) pag. 1308 n. 5; v. anche MAYERHOFER-SALZMANN, *Verordnungen und Erlässe*, 4. T., 3. Aufl. (2015) pag. 1598; OGH 10.12.1993, 15 Os 1/93 in *Juristische Blätter* 1995 pag. 64. Sulla notorietà dei crimini nazisti avanzata dalla giurisprudenza ancor prima dell'entrata in vigore del reato di negazionismo, cfr. OGH 18.10.1990, 12 Os 57/90 in *Juristische Blätter* 1991, pag. 464.

²¹⁸ „Die historische Wahrheit als solche sollte sich ohne das Strafrecht behaupten können.“ Così C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI – C. E. PALIERO, Milano 2006, Tomo II, pag. 731.

²¹⁹ Se lo Stato, attraverso il diritto penale, cerca di diffondere un messaggio indiscutibile, di proporre un *feticcio* fondato su una verità ufficializzata, allora si va incontro a "un paradigma di fatto totalitario, pur ispirato dall'esigenza di combattere i totalitarismi." S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Milano 2006, Tomo I, pag. 150.

²²⁰ Cfr. O. CAYLA, *La madre il figlio e la piastra elettrica*, in AA.Vv., *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, a cura di G. RESTA – V. ZENOCOVICH, Napoli 2012, pag. 492 ss., secondo il quale il discorso negazionista non sarebbe degno di essere discusso, poiché in tal caso "si accetta l'idea stessa del discuterlo per rifiutarlo e così facendo lo si legittima come un discorso degno di essere preso in considerazione". In nome della verità, sarebbe quindi controproducente. Cfr. pag. 492.

²²¹ In riferimento alle prime forme di negazione delle camere a gas, afferma S. WIESENTHAL „[...] war es ein schwerer Fehler von uns [...], dass wir entweder geschwiegen oder die Angelegenheit als zu absurd angesehen haben, um uns ernst damit auseinandersetzen zu müssen.“ In Prefazione a *Wahrheit und Auschwitzlüge*, pag. 9.

²²² „So abwegig und missbilligenswert ein lügenhaftes Bestreiten oder Verharmlosen der Nazi-Morde aber auch ist, so problematisch ist die Legitimation der Strafdrohung“ così C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2006, Band I, Rn. 41, il quale sottolinea anche il pericolo di trasformare i negazionisti in martiri nella difesa della libertà di espressione. "Dare per scontato, anzi per vitale sul piano etico e politico l'impegno contro il negazionismo, non implica affatto il dare per scontata l'opportunità di puntare sul penale." così D. PULITANÒ, *op. cit.*, pag. 3.

²²³ „[...] sembra mortificante per le coscienze libere e democratiche che, per affermare una verità di assoluta evidenza, cioè il carattere raccapricciante, odioso e unico della Shoah, sia necessario ricorrere a una norma di legge. Inoltre, stabilire legislativamente una verità storica di Stato rischia di offrire un alibi all'incapacità che abbiamo tutti come corpo sociale, costituito dalla scuola, dal sistema educativo, dalla famiglia e dalla società civile, di contrastare il negazionismo sull'unico terreno appropriato: il terreno dell'educazione, dell'informazione, della divulgazione culturale.“ Così il senatore Liuzzi alla seduta n. 614 del 26 aprile 2016, in Fascicolo Iter DDL S. 54-B, pag. 139.

²²⁴ "Holocaust denial should be combated in our schools, our universities and our media, not in police stations and courts." Così T. G. ASH, [A blanket ban on Holocaust denial would be a serious mistake](#).

²²⁵ C. ESPOSITO, *op. cit.*, pag. 18, cfr. nota n. 8.

diritto penale.

Come pure ipotizzato in sede parlamentare²²⁶, si potrebbe considerare la fattispecie una norma manifesto, espressione di un diritto penale simbolico²²⁷, baluardo a difesa della dignità umana che sembra essere capace di prevalere *motu proprio* su altri fondamentali principi costituzionali, primo fra tutti la libertà di espressione²²⁸. Magari la norma non troverà applicazione pratica, ma nell'ordinamento c'è e ha un suo peso. Il reato di negazionismo, soprattutto quando si estende anche ad altri crimini atroci, rappresenta un trauma per il diritto penale di ogni Stato democratico che decide di ricorrervi, così come l'Olocausto rimarrà un trauma per l'intera umanità²²⁹. Al Senato c'è chi ha avanzato, in alternativa al diritto penale, l'obbligo imposto dal Ministero dell'Istruzione di leggere il Diario di Anna Frank²³⁰. Sembra questa la strada da percorrere in un Paese che si definisca sinceramente democratico, per difendere una verità che lo Stato riconosce ma non impone.

²²⁶ Così Farina, in Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 634, dell'8 giugno 2016, pag. 112.

²²⁷ Sul concetto di diritto penale simbolico in relazione al reato di negazionismo, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht AT*, Rn. 37; S. CANESTRARI, *op. cit.*, pag. 150.

²²⁸ A. TESAURO, *op. cit.*, pag. 58.

²²⁹ „So wie Auschwitz immer ein Trauma der Deutschen bleiben wird, so ist ein solches [...] offenbar auch die Auschwitzlüge für das deutsche Strafrecht.“ Cfr. Lenckner/Sternberg-Lieben, Schönke/Schröder StGB Kommentar, 27. Aufl. 2006 § 130 Rn. 20. Il riferimento è solo al contesto tedesco. A parere di chi scrive, tuttavia, l'Olocausto non sembra si possa ridurre allo schema *tedeschi contro ebrei*. Piuttosto, esso rappresenta il paradigma della mostruosità umana, dove l'uomo era contro l'uomo. Ecco perché si crede sia possibile definirlo un trauma per l'intera umanità. Cfr. Z. BAUMANN, *op. cit.*, prefazione pag. 13, il quale, in riferimento alla *germanicità* del crimine, afferma “Quanto più 'loro' sono colpevoli, tanto più 'noi' siamo integri e tanto meno dobbiamo preoccuparci di difendere questa integrità. Una volta presupposta la coincidenza tra attribuzione delle colpe e individuazione delle cause, l'innocenza e la saggezza del modo di vivere di cui siamo così orgogliosi non hanno bisogno di essere messe in dubbio.”

²³⁰ “Se noi avessimo fatto, invece di questo obbrobrio liberticida, una legge nella quale il Ministro della istruzione, dell'università e della ricerca avesse reso obbligatoria la lettura del «Diario» di Anna Frank, noi avremmo propagandato, nel senso più nobile del termine, quelle idee e quegli avvenimenti che, di per se stessi, come fatto culturale, sarebbero stati il primo deterrente contro la propalazione o il sostegno di idee strampalate.” Senatore D'Anna, alla seduta n. 617 del 28 aprile 2016, in Fascicolo Iter DDL S. 54-B, pag. 179.