

MARGHERITA CASSANO

NEGAZIONISMO E OPPORTUNITÀ DI UNA RISPOSTA PENALE

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2 Il panorama legislativo a livello internazionale. – 3. La proposta di legge pendente al Senato: la centralità della condotta di “negazione”. – 4. Il problematico raffronto della condotta di negazionismo con quelle di istigazione e apologia alla luce dell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di istigazione a delinquere (art. 414 c.p.). – 5. Alcune ulteriori criticità della proposta di legge alla luce della decisione quadro 2008/913/GAI. – 6. Considerazioni generali in ordine alla inutilità e alla dannosità dell’intervento penale.

1. *Cenni introduttivi*

Il dibattito che si è sviluppato in coincidenza con la morte di Erich Priebke (avvenuta l’11 ottobre 2013), il settantesimo anniversario del rastrellamento del Ghetto di Roma (ricorrente il 16 ottobre 2013) hanno costituito l’occasione per proporre, in Commissione Giustizia del Senato, in sede deliberante, un disegno di legge (S. 54, *Modifiche all’art. 414 del codice penale in materia di negazionismo di crimini di guerra e di genocidio o contro l’umanità e di apologia di crimini di genocidio e crimini di guerra*) che interviene, modificandolo, sull’art. 414 del codice penale: viene prevista una fattispecie autonoma di reato che punisce “chi nega l’esistenza di crimini di guerra, di genocidio o contro l’umanità”; al contempo viene introdotta un’aggravante delle forme di istigazione e apologia in materia di negazionismo.

Il dibattito sulla proposta di legge, pendente al Senato, si è riaperto in coincidenza con gli intollerabili gesti dimostrativi rivolti alla Sinagoga di Roma, al museo che ospita una mostra sulla Shoah e all’ambasciata d’Israele, verificatisi il 25 gennaio 2014, alla vigilia del giorno della Memoria.

L’iniziativa legislativa ricalca il disegno di legge n. 1694 (presentato in Parlamento, il 5 luglio 2007 e non approvato a seguito della fine anticipata della quindicesima legislatura), a sua volta influenzato dal dibattito da tempo in corso in ambito europeo sia sullo specifico tema che sui fenomeni del razzismo e della xenofobia.

Pare opportuno, in proposito, riepilogare le principali iniziative.

Nel 1986 il Parlamento europeo emetteva una risoluzione contro il razzismo e la xenofobia¹.

Il 15 luglio 1996 il Consiglio d'Europa, sulla base dell'art. K.3 del TUE (Maastricht), adottava un'azione comune «intesa a combattere il razzismo e la xenofobia»² e forniva una prima definizione giuridica delle condotte di negazionismo³, consistenti nella:

- istigazione pubblica alla discriminazione, alla violenza e all'odio razziale, «rivolta nei confronti di un gruppo di persone o di un membro di tale gruppo definito rispetto al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica»;
- diffusione e distribuzione pubblica di materiale razzista;
- apologia pubblica, a fini razzisti o xenofobi, dei crimini contro l'umanità e delle violazioni dei diritti dell'uomo, nonché negazione pubblica dei crimini di cui all'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga, allegato all'Accordo di Londra dell'8 aprile 1985, sempre che la negazione comprenda «un comportamento sprezzante e degradante» nei confronti del gruppo-vittima.

Il 30 gennaio 1997 il Parlamento Europeo adottava una risoluzione con la quale, in occasione dell'Anno europeo sul razzismo⁴, invitava gli Stati membri a prendere, sulla base dell'art. K.1, punto 7, del Trattato sull'UE, delle iniziative che permettano di lottare efficacemente contro il razzismo, la xenofobia e l'antisemitismo, e contro la diffusione di tesi negazioniste, prevedendo o rafforzando le sanzioni e migliorando le possibilità di azioni giudiziarie.

Sempre nel 1997, in attuazione di un Regolamento del Consiglio d'Europa⁵, sorgeva a Vienna l'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo, successivamente assorbito dalla *Fundamental Rights Agency*⁶.

Il Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 e il Parlamento europeo⁷ auspicavano un rafforzamento di tali iniziative.

Il 28 novembre 2001 veniva formalizzata, in ambito europeo, una prima proposta organica di adozione di misure di contrasto al razzismo e alla xenofobia, comprensiva, tra l'altro, della previsione di illiceità di condotte finalizzate all'istigazione pubblica alla violenza e all'odio razziale⁸. Soltanto a distanza di cir-

¹ Cfr. risoluzione del Parlamento europeo del 25 giugno 1986 contro il razzismo e la xenofobia.

² Cfr. azione comune 96/443/GAI, pubblicata in *Gazz. Uff. Un. Eur.*, L185 del 24 luglio 1996, p. 5.

³ Cfr. art. C, titolo I.

⁴ Cfr. *Gazz. Uff. Un. Eur.*, C237 del 15 agosto 1996, p. 1, V.

⁵ Cfr. Regolamento del Consiglio del 2 giugno 1997, n. 1035/1997.

⁶ Cfr. Regolamento del Consiglio d'Europa del 15 febbraio 2007, n. 168/2007, p. 10.

⁷ Cfr. risoluzione del 21 settembre 2000.

⁸ Cfr. proposta della Commissione del 28 novembre 2001, p. 664.

ca sei anni e grazie ad una paziente opera di mediazione tra le diverse posizioni tale proposta si traduceva in un testo approvato dai vari Stati⁹.

Nel 2008, sulla base dell'iniziativa assunta, nel gennaio 2007, dal Ministro della giustizia tedesca nell'ambito della presidenza tedesca dell'Unione europea, veniva adottata la decisione quadro 2008/913/GAI con la quale il Consiglio d'Europa sollecitava gli Stati membri a promuovere le misure necessarie per incriminare e punire «l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana» dei «crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra quali definiti agli artt. 6, 7, e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale», nonché «dei crimini definiti all'art. 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945», qualora le condotte siano dirette «pubblicamente contro un gruppo di persone o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica» e siano idonee ad istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro.

La decisione quadro è innovativa rispetto all'azione comune sia per quanto attiene ai parametri normativi da cui inferire l'oggetto della negazione suscettibile di sanzione sia per quanto concerne la prova della concreta idoneità dell'azione di istigazione alla violenza e all'odio. Si segnala, in particolare, il disposto dell'art. 1, comma 2, che precisa che «ai fini del paragrafo 1 gli Stati membri possono rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi».

La suddetta decisione fissava la data del 28 novembre 2010 come termine per la relativa attuazione da parte dei singoli ordinamenti statali.

Merita, infine, di essere richiamato l'*Additional Protocol to the Convention on cyber crime, concerning the criminalization of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, firmato a Strasburgo il 28 gennaio 2003¹⁰. L'art. 6, primo comma, del suddetto Protocollo obbliga le parti contraenti a punire la diffusione, mediante sistemi informatici, di materiale che neghi, minimizzi grossolanamente, approvi o giustifichi atti costituenti genocidio o crimini contro l'umanità, qualificati in tal senso da una decisione definitiva e vincolante del Tribunale militare di Norimberga o da altre Corti internazionali la cui giurisdizione sia riconosciuta dal singolo Stato contraente. Il secondo comma del medesimo art. 6 ridimensiona, peraltro, l'ambito applicativo, stabilendo che i singoli Stati possono o non darvi anche in parte attuazione oppure subordinare l'incriminazione delle

⁹ Cfr. testo 8544/07 DROIPEN p. 34; v. anche, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, p. 37 ss.

¹⁰ Si richiama la ratifica, da parte dell'Italia con legge 18 marzo 2008, n. 48, concernente la Convenzione di Bucarest sulla criminalità informatica.

condotte in precedenza illustrate alla verifica della specifica volontà di incitare all'odio, alla discriminazione o alla violenza razziale.

2. Il panorama legislativo a livello internazionale

Al di fuori dell'ambito europeo, il primo Stato ad introdurre il reato di negazionismo è stato quello di Israele¹¹.

In Europa il panorama delle iniziative legislative assunte in tema di negazionismo dagli Stati membri dell'Unione europea è articolato.

Alcuni ordinamenti, quali la Francia¹², l'Austria¹³, la Germania¹⁴, il Belgio¹⁵, prevedono come reato la negazione dell'esistenza dei solo crimini nazisti.

¹¹ Cfr. legge dell'8 luglio 1986 che sanziona con una pena pari a cinque anni di reclusione «a) a person who, in writing or by word of mouth, publishes any statement denying or diminishing the proportions of acts committed in the period of the Nazi regime, which are crimes against the Jewish people or crimes against humanity, with intent to defend the perpetrators of those acts or to express sympathy or identification with them, shall be liable to imprisonment for a term of five years; b) a person who, in writing or by word of mouth, publishes any statement expressing praise or sympathy for or identification with acts done in the period of the Nazi regime, which are crimes against the Jewish people or crimes against humanity, shall be liable to imprisonment for a term of five years».

¹² Cfr. l'art. 24-bis inserito nella legge 29 luglio 1981 dalla legge 13 luglio 1990, n. 90-165, in base al quale «seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'art. 24 ceux qui auront contesté par un des moyens énoncés à l'art. 23 (e cioè discorsi in luoghi pubblici o riunioni pubbliche, scritti, disegni, emblemi, immagini, quadri venduti o distribuiti, messi in vendita o esposti in luoghi o riunioni pubbliche o manifesti esposti al pubblico) l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'art. 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'art. 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale».

¹³ Cfr. la *Verbotsgesetz* del 1947, che ha bandito il partito nazionalsocialista (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei - NSDAP*) e fornito l'apparato giuridico entro il quale fu condotto il processo di "denazificazione" in Austria, nel secondo dopoguerra. La legge venne ideata già all'indomani della fine della seconda guerra mondiale, ma poi riapprovata nel 1947. Con la legge 26 febbraio 1992 è stato introdotto, mediante il nuovo paragrafo § 3h, il divieto di negazione, minimizzazione, approvazione e giustificazione del genocidio nazista o degli altri crimini nazisti contro l'umanità mediante opere di stampa, radiofoniche o pubblicazioni accessibile ad un vasto pubblico. La pena è della reclusione da 1 a 10 anni, e nei casi di maggiore pericolosità, fino a 20 anni.

¹⁴ Cfr. la legge 28 ottobre 1994 che ha modificato l'art. 130 del codice penale e contiene la distinzione fra negazione pura e semplice dell'Olocausto e negazione qualificata.

¹⁵ Cfr. la legge 23 marzo 1995 che punisce ogni atto che «nie, minimise grossièrement, cherche à justifier ou approuver le génocide commis par le régime national-socialiste allemand durant la seconde guerre mondiale»: tale legge richiama l'art. 2 della Convenzione internazionale del 1948 per la prevenzione e repressione del genocidio, per la definizione di quest'ultimo del genocidio, nonché l'art. 444 del codice penale per specificare le condizioni di pubblicità che configurano il reato (riunioni o luoghi pubblici, presenza di più persone, distribuzione e vendita di scritti o immagini...).

La Spagna¹⁶, il Portogallo¹⁷, la Svizzera¹⁸ estendono l'ambito di applicazione del reato alla negazione di tutti i genocidi.

Altri Paesi (Olanda, Danimarca, Finlandia) ricomprendono, invece, il negazionismo all'interno delle più generali fattispecie di propaganda o incitamento all'odio, alla violenza o alla discriminazione razziale¹⁹.

L'Ungheria²⁰ ha previsto come reato le condotte di negazione, contestazione, minimizzazione pubblica dell'Olocausto e, con una legge successiva²¹, ha esteso l'ambito di applicazione del reato ai genocidi commessi dai regimi comunisti e fascisti.

Soltanto in alcuni Paesi (Austria, Germania, Svizzera, Belgio) la condotta di negazionismo comprende anche quella di minimalizzazione del fenomeno della Shoah.

Con specifico riguardo al negazionismo, alcuni Stati (come, ad esempio, la Germania), in una prospettiva di offensività del reato, richiedono che la condotta sia idonea a turbare la pace pubblica.

Altri Paesi (quali la Francia e il Belgio), al contrario, sanzionano la mera condotta di negazione, prescindendo totalmente da ulteriori condizioni.

In taluni ordinamenti (quali il Portogallo²² e la Svizzera²³), invece, ai fini della sussistenza del reato di negazionismo è necessario un effettivo intento di discriminazione razziale.

Ai fini dell'ambito di applicazione della disciplina la legge francese richiama l'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare di Norimberga, mentre la legge belga

¹⁶ Cfr. l'art. 607, ultimo comma, del nuovo testo del codice penale, introdotto con legge organica del 23 novembre 1995, che punisce, «*la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo*, (che si riferisce al proposito di distruggere totalmente o parzialmente un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso), o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos»

¹⁷ Cfr. la legge 2 settembre 1998, n. 65, che introdotto nell'art. 240 del codice penale una norma che punisce «*chiunque [...] diffama o ingiuria una persona o un gruppo di persone a causa della loro razza, colore, origine etnica o nazionale ovvero della loro religione, in particolare mediante la negazione di crimini di guerra, contro la pace e l'umanità*».

¹⁸ Cfr. l'art. 261-bis del codice penale, introdotto con legge del 18 giugno 1995, che condanna la negazione o la «*minimisation grossière*» o il tentativo di giustificazione di un genocidio o gli altri crimini contro l'umanità.

¹⁹ Cfr. gli artt. 137 c, 137 d, 137 e del codice penale olandese; l'art. 266 b del codice penale danese; l'art. 8 del codice penale finlandese; cfr., inoltre, il *Racial and Religious Hatred Act* inglese del 16 febbraio 2006.

²⁰ Cfr. la legge 22 febbraio 2010.

²¹ Cfr. la legge 8 giugno 2010.

²² Cfr. art. 240, comma 2, del codice penale portoghese.

²³ Cfr. art. 261-bis del codice penale svizzero.

rinvia all'art. 2 della Convenzione del 1948 per la prevenzione e repressione del genocidio²⁴.

3. *La proposta di legge pendente al Senato: la centralità della condotta di "negazione"*

Il disegno di legge S. 54 si compone di un unico articolo che modifica l'art. 3, comma 1, l. 13 ottobre 1975 che aveva ratificato la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale: «salvo che il fatto costituisca più grave reato [...] è punito: a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi». Il testo del disegno di legge stabilisce: «all'articolo 3, comma 1, della l. 13 ottobre 1975, n. 654 e successive modificazioni, dopo la lettera b), è aggiunta la seguente:

b-bis) con la reclusione fino a tre anni chiunque, con comportamenti idonei a turbare l'ordine pubblico o che costituisca minaccia, offesa o ingiuria, fa apologia dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli artt. 6, 7, e 8 dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232, e dei crimini definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, ovvero nega la realtà, la dimensione o il carattere genocida degli stessi».

Dopo un acceso dibattito, strettamente connesso alle vicende dei funerali di Erich Priebke, il testo è stato licenziato dal Senato con significative modifiche che recepiscono gli emendamenti presentati in sede di Seconda Commissione permanente (Giustizia) e incidono esclusivamente sull'art. 414 c.p., cui verrebbe aggiunto un quarto comma così formulato: «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».

Viene, in tal modo, introdotta, all'interno dell'art. 414 c.p., un'ulteriore ed autonoma ipotesi di reato, consistente nella negazione dell'esistenza di crimini di genocidio e di crimini contro l'umanità. Il nuovo delitto si aggiunge, pertanto, a quelli,

²⁴ Cfr. A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale* in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 13 ss.; E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1034 ss.

già esistenti, di istigazione pubblica alla commissione di uno o più reati (siano essi delitti o contravvenzioni: cfr., rispettivamente, commi 1 n. 1 e comma 1, n. 2, c.p.) e di apologia alla commissione di uno o più delitti (art. 414, comma 3, c.p.).

Introduce, inoltre, correlativamente una nuova aggravante ad effetto speciale, accanto a quella già esistente e prevista dall'art. 414, comma 4, c.p., che comporta l'aumento della metà, qualora le condotte di istigazione o di apologia riguardino delitti di terrorismo o crimini contro l'umanità.

L'elemento oggettivo della nuova previsione normativa consiste, come si desume dall'interpretazione letterale, nella condotta di negazione di determinate tipologie di crimini, quelli di genocidio e quelli contro l'umanità. L'incriminazione è volta, quindi, a sanzionare comportamenti consistenti nella manifestazione del convincimento che accadimenti straordinariamente gravi, dotati di specifico rilievo giuridico per l'ordinamento giuridico interno o internazionale, non si siano verificati. In assenza di qualsiasi ulteriore specificazione è da ritenere che l'espressione di tale pensiero "aberrante" possa avvenire in una qualsiasi delle forme con cui si esternano le proprie idee.

Si tratta di un'evidente deroga al principio generale fissato dall'art. 115 c.p. in base al quale, nel nostro sistema penale, la punibilità è subordinata alla commissione di un fatto tipico di reato (quanto meno nella forma del delitto tentato), previsto come tale da una norma incriminatrice di parte speciale e il diritto penale deve tendere alla repressione di fatti offensivi di beni giuridici e non di mere intenzioni criminose. Sotto tale profilo, dunque, non appare giustificata da esigenze di ordine pubblico genericamente intese l'incriminazione di semplici opinioni, pur se assurde e prive di qualsiasi obiettivo fondamento, che non siano dotate di una carica di concreta offensività. La norma novellata non attribuisce, infatti, rilievo né all'effettiva attitudine diffusiva delle teorie negazioniste e neppure alle modalità espressive delle stesse e, in maniera distonica rispetto alla restante formulazione dell'art. 414 c.p., non seleziona neppure i comportamenti illeciti in base al loro contesto pubblico.

Sorge, quindi, legittimo l'interrogativo circa il "bene giuridico" che la nuova disposizione mira a tutelare.

Per "bene giuridico" s'intende, in adesione ad un'autorevole dottrina²⁵, l'interesse personale o sociale (bene individuale, collettivo o istituzionale) che la condotta tipica lede o mette in pericolo come effetto conseguente alla condotta stessa, distinto, perciò, dal disvalore dell'inosservanza in sé considerata. Poiché l'antigiuridicità sostanziale del fatto tipico, penalmente rilevante, risiede nell'offesa

²⁵ M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offence" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, p. 1546 ss.

del bene giuridico oggettivamente intesa, la risposta penale a tutela dello stesso ha un senso se attiene ad un fatto realmente lesivo e non ad un semplice comportamento “inosservante” o che violi alcuni doveri (quali, ad esempio, quelli morali o civili). Sotto questo profilo, pertanto, è evidente che, in coerenza con la previsione costituzionale (art. 25, cpv. Cost. «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del *fatto* commesso»), la tutela penale di un “bene” richiede la materialità del fatto e opera su un piano ben distinto rispetto all’etica e al controllo sociale relativo alla “pericolosità criminale” delle persone. Ne consegue che la punizione di condotte – come quelle di negazionismo – ideologicamente pericolose, ma prive della concreta attitudine a provocare violenze, disordini, discriminazioni e, quindi, a ledere effettivamente beni giuridici, possono e debbono essere valutate su un piano diverso da quello penale, il cui ambito di applicazione è circoscritto alla materialità di un *fatto* in ossequio al rifiuto della logica del “tipo d’autore” come fondamento della punibilità²⁶.

Il legislatore, lungi dall’affrontare organicamente queste tematiche generali, la cui analisi sarebbe doverosa a fronte di una proposta di legge che interviene, modificandola, su di una disposizione penale esistente, pare, invece, spostare impropriamente la sua attenzione dal *fatto* ad un giudizio di valore, privilegiando una tecnica normativa simbolica, destinata, per un verso, a dimostrare la capacità reattiva dell’ordinamento dinanzi ad accadimenti spregevoli e, per altro, a promuovere la protezione penale da nuove forme di offesa non ancora sufficientemente avvertite dal corpo sociale in tutta la loro intrinseca insidiosità e valenza dirompente.

Si potrebbe obiettare che è legittima l’incriminazione di condotte astrattamente tese a mettere in pericolo beni collettivi immateriali quali la verità storica della Shoah, il diritto-dovere di conservare memoria delle discriminazioni, delle deportazioni e degli eccidi nazi-fascisti in danno delle persone di religione ebraica, il riconoscimento di crimini efferati commessi in un determinato contesto bellico. Occorre, però, chiedersi se, in presenza di un comportamento di mera negazione che non si estrinsechi in condotte riconducibili – sia pure a mero titolo esemplificativo – ad attività di istigazione od esaltazione di atti di violenza e di discriminazione ovvero di proselitismo oppure in forme di riorganizzazione del disciolto partito fascista i beni giuridici tutelati siano realmente quelli della “memoria” e della “verità” o non piuttosto quello di una “verità” sancita dallo Stato mediante l’accertamento giudiziale.

Sarebbe, altresì, sostenibile che la “memoria” e la “verità storica” non vengono tutelati quali autonomi beni giuridici, ma quali precondizioni di una corretta convi-

²⁶ Cfr. Corte cost., 30 novembre 2007, n. 409; Id., 14 giugno 2007, n. 192; Id., 10 luglio 2008, n. 257; Id., 6 giugno 2008, n. 193; Id., 4 aprile 2008, n. 90; Id., 21 febbraio 2008, n. 33, tutte in tema di recidiva; Id., 17 luglio 2002, n. 354, in tema di art. 688, cpv., c.p.

venza sociale. Anche in tal caso, però, si assisterebbe ad un uso strumentale e improprio del diritto penale.

4. *Il problematico raffronto della condotta di negazionismo con quelle di istigazione e apologia alla luce dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di istigazione a delinquere (art. 414 c.p.)*

L'incerta valenza della condotta di negazione, quale prevista dal disegno di legge S. 54, e la problematica ricostruzione del suo ambito applicativo è, altresì, desumibile dal raffronto logico-sistematico con i comportamenti di istigazione e apologia, già disciplinati e sanzionati dall'art. 414 c.p.

Secondo un consolidato orientamento esegetico, l'istigazione assume rilievo penale solo se idonea, in base ad un giudizio *ex ante*, a provocare delitti, vale a dire se emerge in maniera chiara e univoca l'intenzione dell'agente di far commettere ad altri il reato istigato; si ravvisa, in tal senso, l'idoneità quando lo stimolo contenuto nell'istigazione abbia, potenzialmente, un'efficienza tale da poter concretamente incidere sull'altrui volontà. In mancanza non si tratterebbe più di una condotta illecitamente istigatrice, quanto di libera manifestazione del pensiero. Secondo la giurisprudenza, l'integrazione del reato di istigazione (art. 414, commi primo e secondo, c.p.p.) postula l'idoneità dell'azione a suscitare consensi e a provocare "attualmente e concretamente", in relazione al contesto spazio-temporale ed economico-sociale e alla qualità dei destinatari del messaggio, il pericolo di adesione al programma illecito.

L'apologia è quella particolare modalità di manifestazione del pensiero che consiste nell'esaltazione di un fatto o del suo autore con intento di propaganda, ossia al fine di spronare o eccitare altri all'imitazione o, quanto meno, di eliminare la ripugnanza verso il fatto medesimo ed il suo autore. Essa esige che l'azione abbia la concreta capacità di provocare l'immediata esecuzione di delitti o, quanto meno, la probabilità che essi vengano commessi in un futuro più o meno prossimi. Ai fini della rilevanza del contegno apologetico, si richiede, da un lato, un giudizio positivo circa un fatto delittuoso, e, dall'altro, che l'approvazione stessa sia espressa in forme tali da costituire un efficace incitamento nel pubblico a commettere fatti di un certo tipo, facendo sorgere il rischio di perpetrazione di ulteriori reati oppure incidendo su specifiche situazioni dalle quali derivi un pericolo diretto e immediato per l'ordine e la sicurezza pubblica. Come autorevolmente osservato dalla Corte Costituzionale (cfr. sentenza n. 65 del 1970), l'apologia punibile ai sensi dell'art. 414 c.p. non è, quindi, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che, per le sue modalità, integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti. Tale condivisibile affermazione comporta che

l'apologia costituisca un'ipotesi di reato di c.d. pericolo concreto e non presunto, come invece in precedenza sostenuto dalla giurisprudenza e da una parte della dottrina anteriormente all'intervento della Consulta.

Così inquadrata nel più ampio contesto dell'art. 414 c.p., la condotta di "negazione", quale delineata dal disegno di legge S. 54, si connota esclusivamente (come già in precedenza accennato) per il contenuto del pensiero espresso, a prescindere dal concreto accertamento di altre condizioni di pericolo o di danno, quali i relativi effetti sull'opinione pubblica e l'attitudine a determinare i comportamenti altrui. In tal modo essa si traduce in una "forma minore" di apologia che si esaurisce nella manifestazione di pensiero pura e semplice e prescinde completamente dalle sue concrete modalità di manifestazione.

Si potrebbe obiettare che la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21, primo comma, della Costituzione, trova uno dei suoi limiti nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema²⁷. Sotto questo profilo, la lesione della sicurezza pubblica presuppone, però, ancora una volta che il comportamento negazionista sia intrinsecamente connotato da un'obiettiva idoneità lesiva. Si potrebbe ritenere che tale condotta illecita sia, in ogni caso, lesiva della dignità umana e che, in tale ottica, essa giustifichi la risposta sanzionatoria a prescindere dal tipo di crimine negato o dalle specifiche modalità della condotta. In tale modo il negazionismo sarebbe riconducibile ad una delle forme di manifestazione dell'incitamento all'odio o alla discriminazione razziale che mettono in pericolo l'uguaglianza e il diritto all'identità dei membri di una certa comunità. Ancora una volta, però, vi è il rischio di sanzionare le intenzioni dell'agente piuttosto che il comportamento da costui concretamente posto in essere.

Il legislatore omette, inoltre, di valutare compiutamente l'impatto che le modifiche proposte potrebbero avere, da un punto di vista logico-sistematico, sull'articolato contesto normativo esistente, costituito dall'art. 8 della l. 9 ottobre 1967, n. 962 (istigazione a commettere reati di genocidio) e dagli artt. 1 (riorganizzazione del disciolto partito fascista) e 4 (apologia del fascismo) della l. 30 giugno 1952, n. 645.

5. Alcune ulteriori criticità della proposta di legge alla luce della decisione quadro 2008/913/GAI

²⁷ Cfr. Corte cost., 17 aprile 1969, n. 84; ID., 6 luglio 1966, n. 87; ID., 16 marzo 1962, n. 19.

L'analisi del disegno di legge condotta sulla base dei principi dell'ordinamento interno e di quelli desumibili dalla decisione quadro 2008/913/GAI pone in luce alcune criticità ulteriori rispetto a quelle già illustrate.

La decisione quadro riserva agli Stati la scelta di incriminare il negazionismo *tout court* oppure soltanto le condotte atte a turbare l'ordine pubblico o che siano minacciose, offensive o ingiuriose. L'adesione alla prima alternativa (quale emergente dal testo del disegno di legge italiano S. 54) comporta, sul piano di armonizzazione giuridica, alcune precise conseguenze: a) relativamente ai comportamenti vietati, la previsione di illiceità non solo della condotta di negazione, ma anche di quelle di apologia e di minimizzazione grossolana; b) con riguardo all'oggetto della condotta, l'estensione della protezione a tutti i crimini internazionali e una loro definizione comune.

Sul versante interno, la condotta di apologia, quale disciplinata dall'art. 414 c.p., non essendo oggetto di modifica ad opera del disegno di legge S. 54, comporta, in adesione ai principi espressi dalla dottrina e dalla giurisprudenza, un coefficiente di concreta offensività che, invece, non è previsto per il reato di negazione. Di conseguenza, con riferimento alla medesima tipologia di crimini internazionali oggetto di tutela, si arriverebbe alla conclusione, paradossale ed intrinsecamente irrazionale, che la mera negazione di tali crimini costituirebbe reato per il semplice fatto che sia stato manifestato un pensiero in tal senso, mentre l'apologia dei medesimi crimini richiederebbe la verifica della sua attitudine a provocare, in futuro più o meno prossimo, l'esecuzione di un delitto.

Inoltre, la condotta di "minimizzazione grossolana" menzionata nella decisione quadro, con la sua formulazione generica, pone obiettivi problemi di rispetto dei principi di tipicità, tassatività e determinatezza, della fattispecie penale.

Infine, l'ambito di tutela del "gruppo-vittima" e dei suoi membri, non più limitato alla protezione dell'Olocausto, ma progressivamente esteso ai genocidi, ai crimini contro l'umanità, ai crimini internazionali e suscettibile di ulteriore ampliamento²⁸, comporterebbe il vaglio di fatti anche abbastanza recenti, ancora non sedimentati, sui quali la ricerca storica è appena iniziata o necessita, comunque, di ulteriori approfondimenti o in relazione ai quali è controversa la riconducibilità alla categorie giuridiche elaborate dalle fonti sovranazionali. A differenza di quanto previsto dal sistema francese, il disegno di legge non si pone neppure il problema di stabilire se i crimini oggetto di negazionismo debbano avere formato oggetto di una preventiva decisione irrevocabile da parte di un'Autorità giudiziaria nazionale o sovranazionale. Nel silenzio della legge è possibile affermare che, per tale via, si

²⁸ Cfr. Consiglio dell'Unione che deplora i crimini commessi dai regimi totalitari e s'impegna a riesaminare la questione dopo due anni, nonché le dichiarazioni della Lituania che, richiamando l'uguaglianza delle vittime, auspica che il reato di negazionismo comprenda anche i crimini dei regimi totalitari comunisti (16351/1/08 REV 1, p. 3, 5-7).

creano i presupposti di un'impropria e pericolosa sovrapposizione di piani tra l'attività scientifica riservata agli studiosi e quella spettante alla Magistratura. Quest'ultima, in assenza di pre-condizioni normative disciplinate, sarebbe chiamata ad effettuare, sia pure *incidenter tantum* ai fini della verifica della sussistenza degli elementi costitutivi del reato, indagini su accadimenti ancora controversi che necessitano di un rigoroso vaglio storico sulla base di un'attenta analisi delle fonti e delle testimonianze. La ricostruzione giudiziale dell'accadimento storico sarebbe, in ogni caso, parziale, tenuto conto dello scopo del processo che è quello di accertare eventuali specifiche responsabilità in relazione ad altrettanto specifici fatti di reato e non quello di ricostruire fenomeni o avvenimenti generali. A tale riguardo è possibile affermare che i processi celebrati in Italia nei confronti nei confronti di ex appartenenti alle Forze armate tedesche per gli eccidi commessi in danno di popolazioni civili durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania costituiscono altrettanti documenti su specifici, drammatici episodi che non hanno esaurito la ricerca su di essi, ma costituiscono il tassello di una più ampia ricostruzione complessiva, doverosamente affidata agli storici²⁹.

Altrettanto delicati e complessi problemi sarebbero posti dalla necessità di delimitare e precisare l'ambito della c.d. indagine storica e di distinguere la ricostruzione del fatto storico nella sua complessità dalle circostanze ugualmente significative che siano state accertate.

È, inoltre, indiscutibile il rischio di "contrastì di giudicato" sui medesimi fatti storici oggetto dei comportamenti negazionisti, attesa la specificità di ogni processo, del contributo che all'interno di esso possono offrire i consulenti nominati dalle parti o i periti designati dal giudice, nonché del materiale probatorio su cui si fonda ogni pronuncia.

Oltre ad un incontestabile svolgimento di compiti che esulano dalle attribuzioni specifiche dei magistrati, si determinerebbero, altresì, una non consentita compressione della libertà di ricerca, un'indebita interferenza con i suoi metodi scientifici e potenziali contrasti tra le valutazioni svolte nell'ambito di provvedimenti giudiziari e quelle effettuate dagli studiosi³⁰.

6. Considerazioni generali in ordine alla inutilità e alla dannosità dell'intervento penale

²⁹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 8 novembre 2007, n. 4060, Sommer, in *Ced rv.* 239186; ID., 27 giugno 2003, n. 35488, Priebke, in *Ced rv.* 226389; ID., 16 novembre 1998, n. 12595, Hass, in *Ced rv.* 21771.

³⁰ Cfr. F. LISENA, *Spetta allo Stato accertare la «verità storica»?*, nota a Trib. civ. Torino, 27 novembre 2008, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3949 ss.

La proposta di introdurre nel nostro ordinamento il reato di negazionismo suscita forti perplessità sotto diversi aspetti.

Da un punto di vista ordinamentale, costituisce l'espressione di una tendenza, ormai purtroppo radicata, a schematizzare la visione complessiva delle istituzioni, a semplificare il tipo di risposta rispetto a fenomeni complessi che presuppongono un'analisi articolata e richiedono plurime forme di intervento, ad enfatizzare il ruolo della giustizia penale che, invece, in una moderna democrazia, dovrebbe costituire l'estrema *ratio*, ad affidare, infine, esclusivamente ai magistrati un improprio ruolo propulsivo nella costruzione ed elaborazione dei valori che deve, invece, collocarsi in una dimensione dinamica le cui coordinate essenziali sono la filosofia, la politica, la società.

Sotto un profilo culturale, è inaccettabile che si stabilisca per legge un'interpretazione "unica" e "corretta" dei fenomeni storici che sono il frutto di una ricerca scientifica che segue l'evolversi degli eventi e si caratterizza per il progressivo approfondimento basato sull'esame delle fonti, pur nella consapevolezza che questo non può prescindere da un impianto ideologico.

Il reato di negazionismo, quindi, presupponendo una verità predeterminata la cui mancata accettazione dà luogo a reato, costituisce un intollerabile attentato alla libertà di pensiero; al contempo crea un pericoloso precedente di "verità di Stato", che, come si ricava dall'esperienza storica, costituisce l'espressione di uno Stato autoritario che disconosce il confronto quale presupposto per la formazione di un'opinione libera e meditata e reprime le manifestazioni di opinioni divergenti da quelle imposte autoritativamente.

Esso rappresenta, inoltre, un'inaccettabile lesione del metodo dialettico che può ingenerare pericolosi automatismi ("fai questa affermazione, quindi sei antisemita") e facilitare non consentiti processi alle intenzioni nei confronti di chi effettui ricerche sulla Shoah. Quest'ultima costituisce una realtà tragica, spaventosa, incontrovertibile, comprovata da imponente documentazione e da dolorose testimonianze, ma non può, per questo, essere sottratta alla sua dimensione di avvenimento storico, in quanto tale oggetto di studio approfondito. Da ciò derivano alcune conseguenze: l'eventuale accertamento, all'esito dell'esame delle fonti, di alcuni errori o inesattezze e la loro segnalazione non comporta, di per sé, il disconoscimento delle gravissime responsabilità dei mandanti, ideatori, esecutori di queste atrocità o di quanti furono conniventi. Gli studiosi e la società civile hanno il dovere di confrontarsi con tali rilievi critici che, si ripete, non inficiano l'essenza di tali accadimenti che costituiscono la negazione dell'idea stessa di uomo. La collettività democratica e la comunità scientifica possiedono tutti gli strumenti culturali per smascherare falsificazioni e contrastare efficacemente teorie aberranti mediante razionalità e competenza e con la forza delle argomentazioni, del discernimento, della coerenza, della dignità.

Sottrarsi al confronto, nascondendosi dietro lo schermo della norma penale, o evocare la minaccia della sanzione significa, paradossalmente, ingenerare l'idea che tali teorie possano avere un fondamento, che non esistano elementi inoppugnabili per confutarle e che coloro che le prospettano siano dei perseguitati cui lo Stato non riconosce il diritto di parola e di critica.

Infine l'instaurazione di processi per il reato di negazionismo, con l'inevitabile eco-mediatica che li accompagnerebbe, finirebbe per amplificare la rilevanza di tali teorie ed opinioni aberranti e riservare ad esse un'immeritata attenzione.

Gli unici strumenti per emarginarlo e renderlo inoffensivo sono, invece, costituiti dall'impegno culturale, etico, politico, dalla pratica educativa, da un'informazione attenta e seria, che promuovano la convinta condivisione dei valori sanciti dalla Carta costituzionale, *in primis* quelli di dignità dell'individuo, sia come singolo che nelle formazioni sociali in cui si sviluppa la sua personalità, di solidarietà, di uguaglianza formale e sostanziale.

A conclusione si deve rilevare che l'incriminazione del negazionismo potrebbe fomentare, quasi per contraddizione, nuove forme di intolleranza razziale e religiosa e pesanti interferenze con la libertà di espressione, che in ogni caso ha l'obbligo di non travalicare i limiti correlati al rispetto della persona, delle istituzioni, alle regole poste a base di ogni convivenza civile. Non servono, quindi, nuove incriminazioni, ma rigore e obiettività nell'analisi della storia per promuovere la conoscenza e contrastare ogni eccesso.