



# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

## *Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,  
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,  
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,  
Fausto Giunta, Vincenzo Maiello,  
Marco Nicola Miletta, Renzo Orlandi,  
Michele Papa, Carlo Piergallini,  
Francesca Ruggieri

## *Coordinatore*

Fausto Giunta

## *Comitato di redazione*

Alessandro Corda, Roberto Cornelli, Gianfranco Martiello,  
Claudia Mazzucato, Dario Micheletti, Gherardo Minicucci,  
Daniele Negri, Caterina Paonessa, Antonio Vallini, Vito Velluzzi

## *Coordinatore*

Dario Micheletti

## *Direttore responsabile*

Alessandra Borghini

**[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)**

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2018



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

© Copyright 2019  
EDIZIONI ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

ISBN 978-884675634-3  
ISMN 1972-3857

## INDICE

### **Primo Piano**

MARTA BERTOLINO <i>Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze</i>	13
GIOVANNI CANZIO <i>Multiculturalismo e giurisdizione penale</i>	53
MAURIZIO CATINO <i>Fare luce sulla zona grigia</i>	65
CRISTINA DE MAGLIE <i>La lingua del diritto penale</i>	105
ALBERTO GARGANI <i>Depenalizzazione e “materia penale”. La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza</i>	143
MICHELE TARUFFO <i>Note sparse su certezza e coerenza della decisione giudiziale</i>	161
<b>I grandi temi</b> <i>La tutela della persona umana</i>	
ROBERTO BARTOLI <i>Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona</i>	177
GIOVANNI FLORA <i>La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna</i>	189
FAUSTO GIUNTA <i>I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature</i>	195

MICHELE PAPA

*La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali:  
appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità* 213

ANTONIO VALLINI

*Il "discorso" giuridico in tema di "persona": abbozzo di un lessico* 223

### **I grandi temi Negazionismo**

GIULIANO BALBI

*Il negazionismo tra falso storico e post-verità* 233

FILIPPO BELLAGAMBA

*Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo:  
nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?* 265

CORRADO DEL BÒ

*Tollerare l'intollerabile. Il negazionismo tra etica e diritto* 291

### **I grandi temi Tortura**

GIOVANNI CANZIO

*I crimini di guerra nazisti in Italia (1943-1945) nella giurisprudenza  
della Corte di cassazione* 305

STEFANIA CARNEVALE

*Tortura e maltrattamenti in carcere: i presidi di diritto processuale  
e penitenziario a supporto degli strumenti sostanziali* 325

LUCIA RISICATO

*L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale  
e crimini contro l'umanità* 351

---

**Il punto su...** *La nuova disciplina dell'art. 162-ter c.p.*

GIAN PAOLO DEMURO

*L'estinzione del reato mediante riparazione* 373

SERGIO SEMINARA

*Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione* 383**Il punto su...** *La corruzione tra privati*

FRANCESCO MACRÌ

*La corruzione tra privati (art. 2635 c.c.): i recenti ritocchi della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica* 405

ANDREA FRANCESCO TRIPODI

*La corruzione tra privati. Un'analisi diacronica dello spettro offensivo della fattispecie ovvero la concorrenza come figlia di un dio minore* 437**Antologia**

FABIO BASILE

*Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo?* 463

FRANCESCO CALLARI

*La rivisitazione in malam partem del giudicato penale: dal contrasto del terrorismo e della criminalità organizzata ad orizzonti futuribili* 475

ALBERTO CAPPELLINI

*Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale* 499

GAETANO CARLIZZI

*Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale* 521

RICHARD DUBÉ – MARGARIDA GARCIA <i>L'opinione pubblica come fondamento del diritto di punire: frammenti di una nuova teoria della pena?</i>	537
FAUSTO GIUNTA <i>Culpa, culpae</i>	569
GAETANO INSOLERA <i>Dalla difesa legittima all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica all'art. 52 c.p.</i>	601
MASSIMILIANO LANZI <i>Preterintenzione e reato aberrante, tra vecchi paradigmi e nuove esigenze di tutela</i>	611
GIORGIO MANIACI <i>Harm principle e offence principle secondo un'etica liberale</i>	643
GIANFRANCO MARTIELLO <i>Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU: a proposito dell'art. 53 c.p. "convenzionalmente riletto"</i>	681
DARIO MICHELETTI <i>La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica</i>	705
GHERARDO MINICUCCI <i>Brevi riflessioni sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale</i>	745
PIER FRANCESCO POLI <i>La colpa grave quale limite all'imputazione per colpa: uno sguardo ai codici dell'Italia unita</i>	765
VICO VALENTINI <i>Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3</i>	785



## TABLE OF CONTENTS

### **On the front page**

MARTA BERTOLINO <i>Criminal law, insanity, and neuroscience</i>	13
GIOVANNI CANZIO <i>Multiculturalism and criminal justice decision-making</i>	53
MAURIZIO CATINO <i>Shedding light on the grey area</i>	65
CRISTINA DE MAGLIE <i>The language of the criminal law</i>	105
ALBERTO GARGANI <i>Decriminalization and “criminal matter”. The graduation of guarantees between form and substance</i>	143
MICHELE TARUFFO <i>Some remarks on the certainty and consistency of judicial decisions</i>	161
 <b>Big themes</b> <i>Protecting the human person</i>	
ROBERTO BARTOLI <i>Brief remarks on end of life starting with the notions of “human being”, “individual” and “person”.</i>	177
GIOVANNI FLORA <i>Protecting sexual freedom and Cupid’s struggles in the post-modern era</i>	189
FAUSTO GIUNTA <i>The person’s interests protected by the criminal law: old and new nuances</i>	195

MICHELE PAPA

*The physiognomy of the Actus Reus in the structure of sexual offenses:  
notes for a reflection on the crisis of the Tatbestand* 213

ANTONIO VALLINI

*The legal “discourse” about the “person”: a tentative lexicon* 223

**Big themes** *Historical denialism*

GIULIANO BALBI

*Historical denialism between fabrications of history and post-truth* 233

FILIPPO BELLAGAMBA

*From the criminalization of hate speech to the aggravating factor  
of historical denialism: nothing more than a further outcome of  
“symbolic” criminal law-making?* 265

CORRADO DEL BÒ

*Tolerating the intolerable. Historical denialism between ethics and law* 291

**Big themes** *Torture*

GIOVANNI CANZIO

*Nazi war crimes in Italy (1943-1945) in the case law of the Cassation Court* 305

STEFANIA CARNEVALE

*Torture and mistreatments in prison: penitentiary law procedural  
protections supporting substantive tools* 325

LUCIA RISICATO

*The ambiguous texture of the crime of torture, between the militarization  
of the criminal law and crimes against humanity* 351

---

**Focus on...** *The new provision of Art. 162-ter of the Penal Code*

GIAN PAOLO DEMURO

*The extinction of the offense through reparation* 373

SERGIO SEMINARA

*Private criminal complaints and extinction of the harm caused by means of reparative conducts: food for thought* 383**Focus on...** *Private corruption*

FRANCESCO MACRÌ

*Private corruption (Art. 2635 of the Civil Code): recent amendments to the "Spazzacorrotti" Law (l. n. 3/2019) and the underlying problems of the Italian provisions in light of the comparative experience* 405

ANDREA FRANCESCO TRIPODI

*Private corruption. A diachronic analysis of the offense's harm spectrum: competition as the child of a lesser God* 437**Anthology**

FABIO BASILE

*Violence against women and the criminal law: where are we now?* 463

FRANCESCO CALLARI

*Reforming in malam partem a final decision: from the fight against terrorism and organized crime to futuristic horizons* 475

ALBERTO CAPPELLINI

*Machina delinquere non potest? Brief remarks on artificial intelligence and criminal liability* 499

GAETANO CARLIZZI

*Freedom of conviction as a guiding principle for both the legislature and the judge in the criminal trial context* 521

RICHARD DUBÉ, MARGARIDA GARCIA <i>Public opinion as the foundation of the right to punish: fragments of a new theory of punishment?</i>	537
FAUSTO GIUNTA <i>Culpa, culpa</i>	569
GAETANO INSOLERA <i>From self-defense to legitimized offense? Assessing the rationales of proposed amendments to Art. 52 of the Penal Code</i>	601
MASSIMILIANO LANZI <i>Crimes beyond intention and mistake in the commission of a crime, between old paradigms and new calls for protection</i>	611
GIORGIO MANIACI <i>Harm principle and offense principle according to a liberal ethics</i>	643
GIANFRANCO MARTIELLO <i>Potentially lethal state violence and right to life under Art. 2 of the ECHR: on Art. 53 of the Penal Code re-read through the Convention's lenses</i>	681
DARIO MICHELETTI <i>Criminal liability of medical professionals between generic and specific negligence</i>	705
GHERARDO MINICUCCI <i>Brief remarks on linguistic contamination in the criminal law</i>	745
PIER FRANCESCO POLI <i>Gross negligence as a limit to negligence charges: a look at the Penal Codes of unified Italy</i>	765
VICO VALENTINI <i>Duty to assist or right to ram? First remarks on the Sea Watch 3 case</i>	785

**I grandi temi**  
*Negazionismo*



FILIPPO BELLAGAMBA

DALLA CRIMINALIZZAZIONE DEI DISCORSI D'ODIO  
ALL'AGGRAVANTE DEL NEGAZIONISMO: NIENT'ALTRO CHE UN  
PRODOTTO DELLA LEGISLAZIONE PENALE "SIMBOLICA"?

SOMMARIO: 1. L'attuale assetto normativo in tema di *hate speech* e di negazionismo. – 2. La controversa individuazione del bene giuridico tutelato e le modalità di attivazione del giudizio di bilanciamento: posizione del problema. – 3. Le forme di manifestazione del negazionismo e la soluzione adottata dal legislatore italiano. – 4. La difficile "composizione" tra commissione di un delitto ed esercizio di un diritto. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *L'attuale assetto normativo in tema di hate speech e di negazionismo*

Quando ci si confronta con la criminalizzazione di discorsi propagandistici fondati sulla superiorità o sull'odio razziale o dell'istigazione a commettere, per quelle stesse motivazioni, atti di discriminazione (c.d. *hate crimes*), ci si colloca nel problematico ambito dei c.d. *reati di opinione*, dei quali si registra una incessante e progressiva proliferazione, avendo questi, negli anni, assunto modulazioni ulteriori rispetto all'assetto originario, per lo più circoscritto alla tutela di condotte propalatrici di idee razziste<sup>1</sup> ed antiegalitarie. Come è stato opportunamente segnalato, è sufficiente adottare una prospettiva comparatistica per rendersi conto della sempre più invalsa tendenza, negli ordinamenti europei, a ricorrere allo strumento penale per incriminare manifestazioni di pensiero, che siano in grado di impattare, con intensità variabile, in settori fortemente connotati da istanze securitarie (si pensi, per tutte, alla disciplina sulla lotta al terrorismo internazionale), in una generalizzata rincorsa a colpire la "genesì" del fenomeno criminologico mediante una consistente anticipazione della soglia di tutela penale<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Si diffonde sulla nozione di razzismo contemporaneo (o *neorazzismo*), quale rifiuto, incondizionato e totale, di una categoria di uomini "anormalmente diversi", perché inutili o pericolosi e dunque socialmente non integrabili ed inassimilabili a chi rispetto ad essi si sente "superiore", L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, p. 122.

<sup>2</sup> Così E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1018 s., ove ci si sofferma sulla recente legislazione spagnola e francese di contrasto al terrorismo internazionale.

La repressione penale di condotte diffusive di idee – mi si passi il termine volutamente generico – discriminatorie e di ‘sollecitazione’ alla commissione di atti di violenza o di provocazione alla violenza avverso determinate vittime, sol perché appartenenti ad un determinato gruppo nazionale, etnico o razziale, affonda, come noto, le proprie radici nel lontano 1975, quando, nel ratificare e dare esecuzione alla “Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale”, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966 (L. 13 ottobre 1975, n. 654), si decise di introdurre nel sistema una fattispecie incriminatrice, poi nel tempo a più riprese manipolata, emendata, riformulata ed infine fisicamente traslata nel codice al libro secondo, titolo XII, capo III, nella neonata Sezione I *bis*, tra i delitti contro la *libertà individuale* e, più specificamente, contro l’*eguaglianza* (art. 604 *bis*<sup>3</sup>, così come inserito dall’art. 2, D.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, concernente le “Disposizione di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell’art. 1, comma 85, lett. q), della legge 23 giugno 2017, n. 103”<sup>4</sup>). I passaggi più salienti di questa progressiva ope-

<sup>3</sup> Il quale testualmente recita: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell’assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

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

<sup>4</sup> Sul principio della riserva di codice si veda, in generale, L. FERRAIOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente e ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 27 s.; G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 142; C.F. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in U. CURI-G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, p. 99 s.; C.E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1011 s.; N. MAZZACUVA, *Intervento al dibattito su “Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale”*, in *Crit. dir.*, 1998, p. 155 s. Per un commento al D.lgs. n. 21/2018 cfr. M. DONINI, *L’art. 3 bis in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 429 s.; S. DE FLAMMINEIS, *L’età della (apparente) codificazione: brevi riflessioni sul D.lgs. 1° marzo 2018, n. 21*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 6, p. 27 s.; A. CISTERNA, *Un’operazione necessaria da rendere stabile*, in



ra di rivisitazione del testo originario si registrano all'art. 1, D.L. 26 aprile 1993, n. 122, convertito nella L. n. 205/1993 (c.d. Legge Mancino)<sup>5</sup> ed all'art. 13, L. 24 febbraio 2006, n. 85<sup>6</sup>, con il quale si è ritoccata la lettera a) e modificata la lettera b), eliminando, per quanto qui soprattutto interessa, il lemma "diffusione" e sostituendolo con quello di "propaganda", nell'evidente prospettiva di limitare la portata applicativa della norma facendo ricorso ad una nozione che si pone, rispetto all'originaria, in rapporto di *specialità per specificazione*. Infatti, siccome propaganda, nell'accezione oramai invalsa nel diritto vivente, si identifica con una divulgazione qualificata – rispetto alla diffusione – dal *quid pluris* rappresentato dalla finalità di condizionare o comunque di influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico, risultando perciò idonea a raccogliere proseliti attorno all'idea propagandata, essa è parsa al legislatore adeguata – ma sul punto avremo modo di tornare nel prosieguo – a conseguire l'obiettivo di rimarcare la distanza tra la condotta tipizzata e la mera manifestazione del pensiero<sup>7</sup>.

È in questo contesto, così sommariamente tratteggiato<sup>8</sup>, che si colloca l'art. 1, comma 1, L. 16 giugno 2016, n. 115 – approdo finale del progetto di legge n. 2874-B a firma della senatrice Silvana Amati – con il quale si è giunti, inserendo all'art 3 sopra richiamato il comma 3 *bis*, alla criminalizzazione del fenomeno

*Guida dir.*, 2018, n. 17, pp. 73-74; M. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 5, p. 129 s.

<sup>5</sup> Per il cui commento si rinvia a G.A. DE FRANCESCO, *D.L. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Commento all'art. 4 – Modifiche a disposizioni vigenti*, in *L.P.*, 1994, p. 176 s.

<sup>6</sup> Ci si limita a richiamare, in materia, gli interventi di T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida dir.*, 2006, n. 14, p. 23; D. PULITANÒ, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 745 s.; A. GAMBERINI-G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 135; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate ed incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 960 s.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 217.

<sup>7</sup> Cfr., per tutte, Corte cost., 6 luglio 1966, n. 87, in *www.giurcost.org*. Nonché Sez. III, 15 settembre 2015, n. 36906, in *Dejure*; Sez. I, 22 novembre 2012, n. 47894, in *Guida dir.*, 2013, n. 4, p. 49; Sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819, in *C.E.D. Cass.*, n. 245168; Sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581, *ivi*, n. 241072; Sez. III, 28 marzo 2008, n. 13234, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 737 s. Concordano sul ridimensionamento del perimetro di tipicità conseguente all'avvenuta sostituzione tra "diffusione" e "propaganda" C. VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli*, cit., c. 223; 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 *www.penalecontemporaneo.it*, 13 ottobre 2014, pp. 21-22.

<sup>8</sup> Per un quadro dettagliato dell'evoluzione nel tempo dell'assetto normativo riservato a tali fattispecie v., ancora, G. PAVICH-A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit., pp. 1-5.

da tempo noto come *negazionismo*<sup>9</sup> e già da molti anni oggetto, nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati aderenti all'Unione europea, di autonome previsioni incriminatrici<sup>10</sup>.

Nondimeno, trascorso neanche un biennio, il legislatore italiano è stato costretto a reintervenire apportando ulteriori modifiche al testo, onde ovviare agli inconvenienti da cui, a giudizio della Commissione europea<sup>11</sup>, sarebbe stata afflitta la norma così come concepita dal nostro Parlamento, che avrebbe recepito in modo incompleto e scorretto la decisione quadro 2008/913/GAI sulla "lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto pena-

<sup>9</sup> È espressione che compare per la prima volta nel lavoro di H. ROUSSO, *La syndrome de Vichy*, Parigi, 1987, p. 151; ID., *Le syndrome de Vichy: de 1984 à nos jours*, Parigi, 1990.

<sup>10</sup> L'odierno panorama letterario trabocca di pregevolissimi contributi, nei quali ci si diffonde, con acribia e meticolosità, in un'analisi di diritto comparato sulla penalizzazione del dire negazionista; a chi, come il sottoscritto, intenda, sia pure sommariamente, inserirsi in un ambito di ricerca già così approfonditamente battuto, non rimane che fare riferimento, richiamandoli, a taluni di questi scritti, limitandosi qui soltanto a segnalare come Francia (art. 24 *bis* *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, introdotto dall'art. 9, *Loi 13 juillet 1990*, n. 615, c.d. *Loi Gayssot*), Austria (§ 3h *Verbotgesetz*, frutto della novella del 19 marzo 1992); Germania (§ 130 *StGB*, comma III, aggiunto dalla legge 28 ottobre 1994, che sanziona la c.d. *Auschwitzlüge*); Spagna (art. 607, comma 2, *codigo penal español* del 1995, sia pure dichiarato illegittimo dalla sentenza del *Tribunal Constitucional* 7 novembre 2007, n. 235, nella parte in cui esso si riferiva alla sola condotta di negazione senza richiedere che questa fosse anche idonea ad istigare alla violenza, per contrasto con l'art. 20.1 Costituzione spagnola e su cui cfr., per tutti: E. FRONZA-V. MANES, *Il reato di negazionismo nell'ordinamento spagnolo: la sentenza del Tribunal Constitucional n. 235 del 2007*, in *Ius17@unibo.it*, n. 2/2008, p. 489 s.; 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 *www.penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2014, pp. 11-12; S. DE FLAMMINEIS, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2016, pp. 2-4) e Svizzera (art. 261 *bis*, comma 4, c.p., introdotto dalla L. 18 giugno 1993) annoverino nei rispettivi sistemi penali, sia pure con varietà di accenti, fattispecie di tenore analogo a quella di recente innesto nell'ordinamento italiano da circa 25 anni. Si soffermano su profili comparatistici, *ex plurimis*: E. FRONZA, *Memory and Punishment, Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, Springer, 2018; ID., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni spreca-te e legislazione penale simbolica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2016, p. 9 s.; L. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, in G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, p. 371 s.; P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, n. 3, p. 154 s.; J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 1193 s.; G. POGGESCHI, *Diritto e memoria: fra condanna dei genocidi e rielaborazione del passato*, in F. BERTI-F. CORTESE (a cura di), *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, Milano, 2008, p. 200 s.; G. GAVAGNIN, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, cit., p. 199 s.; A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, *ivi*, 2006, p. XIII s.; M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. ANIS (a cura di), *Informazione: libertà e potere*, Torino, 2005, p. 42 s.

<sup>11</sup> Che ha avviato, allo scopo, il caso EU Pilot 8184/15/Just.

le”<sup>12</sup>. In particolare, le censure mosse dalla Commissione si sono appuntate sia sulla mancata incriminazione della istigazione pubblica all’odio in quanto tale, anziché, come detto, sulla *propaganda* di tale istigazione; sia sull’omessa previsione di condotte di *grave minimizzazione* e di *apologia* dei crimini internazionali, essendo stata soggetta a sanzione la sola negazione e non anche quei contegni celebrativi e di *riduzionismo*, quantitativo o qualitativo, delle aberrazioni naziste e di altri fatti di genocidio perpetrati nel mondo. Ed allora è all’art. 5, comma 1, L. 20 novembre 2017, n. 167 (Legge europea 2017), che si deve la formulazione attuale della disposizione che punisce il negazionismo, rimasta, poi, finalmente invariata nel processo di migrazione dalla Legge Mancino al codice penale.

L’obiettivo che ci si prefigge con la presente indagine è quello di rivedere criticamente la scelta di politica criminale adottata, oramai tempo addietro, dal legislatore penale in tema di condotte inneggianti all’odio razziale, dando conto, per sommi capi, delle nuove cadenze assunte dal dibattito – senz’altro rivitalizzatosi a seguito del “coinvolgimento” in questo ambito del negazionismo – e di verificare se sia il caso di esprimere un giudizio convergente, sia esso di favore o di sfavore, nei confronti della penalizzazione dei c.d. discorsi d’odio e del negazionismo o se, viceversa, sia il caso di accedere a soluzioni differenziate, per l’ipotizzata diversità del substrato disvaloriale che li connota.

Ciò che è innegabile è che si tratta di situazioni accomunate, quanto meno nella dialettica di chi mostra ferma avversione per un interessamento del diritto penale, da una macro-obiezione, che si articola nelle due varianti: a) della difficoltà, per non dire impossibilità, di individuare un oggetto giuridico ben definito e compiutamente afferrabile, che risulti pregiudicato o comunque messo in pericolo dalle condotte tipizzate, in ossequio al principio di offensività, al quale, da tempo e come noto, si riconosce dignità costituzionale sia quale canone di controllo delle opzioni legislative in materia penale<sup>13</sup>, sia quale strumento ermeneutico di (re)interpretazione delle norme in chiave di offesa; b) della reale fattività di

<sup>12</sup> Sulla decisione quadro del 28 novembre 2008, oltre agli scritti di Fronza e Lobba già citati alla nota 10, si confronti: A. AMBROSI, *La memoria collettiva e pubblica di massacri e genocidi tra dovere costituzionale di solidarietà e libertà individuali*, in S. RIONDATO (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia?*, Padova, 2012, p. 205 s.; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, 2009, p. 259 s.; C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/Gai: due passi avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 645 s.

<sup>13</sup> Sebbene non sia mancato chi (cfr. V. MANES, *I recenti traccati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 99 s.) ha, di recente, evidenziato come, da questo angolo prospettico, si registri, in seno alla giurisprudenza costituzionale, un impiego ancora piuttosto cauto del principio di offensività, limitandosi il sindacato alle sole ipotesi in cui le scelte legislative su contenuto e struttura delle condotte punibili si rivelino “manifestamente irragionevoli” e dunque disarmoniche rispetto al canone della ragionevolezza e ribadendosi, per il resto, una tendenziale deferenza verso la discrezionalità del legislatore.

un'opera di bilanciamento tra l'offesa arrecata e la protezione accordata all'esercizio di altri diritti fondamentali, anch'essi aventi rilievo costituzionale, tra cui, prima tra tutte, la libertà di manifestazione del pensiero.

## 2. *La controversa individuazione del bene giuridico tutelato e le modalità di attivazione del giudizio di bilanciamento: posizione del problema*

Tanto è stato detto e scritto sulla vaghezza ed indeterminatezza di oggettività giuridiche superindividuali, quali l'*ordine pubblico*. E ciò sia nella sua accezione *ideale*, quale tratto distintivo – soprattutto avuto riguardo al negazionismo – della comunità internazionale e di tutti i paesi liberaldemocratici, per i quali l'Olocausto è diventato una metafora del ventesimo secolo, la matrice della memoria che non arretra dinanzi all'incedere del tempo, l'emblema del male assoluto che trascende la contingenza e si proietta nell'ambito di ciò che è imperituro<sup>14</sup>; che in quella *materiale*, come sinonimo di *tranquillità* e di *sicurezza collettiva* – per la correlazione che si assume empiricamente comprovabile tra la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e la violenza, traducendosi la prima in un'*istigazione* alla seconda – che non sembra opportuno qui ripercorrere, neppure in via di estrema sintesi, i tratti salienti di un percorso argomentativo peraltro da più parti condiviso. Si è infatti sottolineato come l'inafferrabilità di beni giuridici così declinati, per quanto non incoerente con la crisi che sta attraversando la nozione stessa di interesse tutelato<sup>15</sup>, si rifletta inesorabilmente sulla struttura e sul contenuto della fattispecie che intenderebbe presidiarli, poiché finirebbe per essere costruita attorno ad un pericolo di lesione non già astratto, stante l'impossibilità di attuare verifiche empiriche della sua derivazione dal fatto tipico, ma addirittura *presunto*, con buona pace del principio di offensività e delle sue oramai consolidate acquisizioni.

Si è, d'altra parte, affermato – con specifico riferimento agli *hate speech* – che, quando essi assurgono a manifestazioni propagandistiche, sarebbero in grado di generare un fenomeno psicosociale noto come *Silencing Effect*<sup>16</sup>, ovvero un effet-

<sup>14</sup> Cfr. A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XXVII. Correla il negazionismo alla lesione di beni *strumentali* all'*identità* dell'Unione europea C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 97.

<sup>15</sup> Osserva, in proposito, G.A. DE FRANCESCO, *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su di una problematica 'moderna'*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 11.07.2017, pp. 9-10, come il bene giuridico sia oggi sottoposto ad un processo di parziale limitazione della sua originaria portata, assistendosi ad una sempre più marcata convergenza con le categorie del pericolo, dovuta alla necessità di far fronte allo sviluppo ed alla crescente articolazione delle esigenze e delle aspettative di una società in trasformazione.

<sup>16</sup> Cfr. sul punto, CH. LAWRENCE III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, in M. MATSUDA-CH. LAWRENCE III-R. DELGADO-K. CRENSHAW, *Words That Wound. Critical Race Theory. Assaultive Speech and The First Amendment*, Westview, Boulder (CO), 1993, p.

to-bavaglio, di inibizione (da cui il “silenzio”) delle legittime istanze degli appartenenti al gruppo esposto al fuoco di fila di messaggi dispregiativi di partecipazione, quali *partner* paritari ed affidabili, ai processi di deliberazione democratica, avanzando, al pari degli altri membri della comunità, le proprie rivendicazioni politiche. Verrebbero, pertanto, a strutturarsi come *reati di danno*.

Si tratterebbe, in definitiva, di un modello di tutela che presenta significative analogie con quell'approccio teorico-ricostruttivo da ultimo elaborato dalla letteratura tedesca, che propone di concepire l'*onore* e, dunque, la reputazione individuale, in chiave *sociologico-funzionale*, consistendo cioè in una realtà psichica che assolverebbe alla funzione di *presupposto della comunicazione* e che si sostanzierebbe nella capacità di ogni uomo di soddisfare le aspettative degli altri per poter avviare rapporti comunicativi paritari<sup>17</sup>. A differenza di quanto accade nella diffamazione, il *danno* prodotto dalla propalazione di idee razziste non dovrebbe essere apprezzato in una dimensione meramente individuale, ma “si proietterebbe su scala macro-sociale”<sup>18</sup>, impedendo alla minoranza, riguardata nella sua interezza di “comunità”, di intrattenere proficue relazioni nell'ambiente sociale in cui essa risulti insediata.

Contro una simile impostazione si è criticamente osservato come ben potrebbe darsi che l'esternazione di pensieri che si nutra di un modello antropologico fondato sulla superiorità e sul disprezzo inneschi nel destinatario la reazione opposta ad una sua vittimizzazione, capovolgendo gli effetti del messaggio degradante in un processo virtuoso di riaffermazione di un'identità diversa rispetto a quella che l'autore del discorso ostile, nel suo distorto apprezzamento della realtà, intenderebbe stigmatizzare. E che, d'altra parte, non vi sarebbero basi conoscitive oggettive che consentano di stabilire, secondo canoni di eziologia causale, se effettivamente il pensiero razzista sia in grado di ingenerare quei danni potenzialmente devastanti, quali, *in primis*, l'inibizione comunicativa o la subordinazione sociale, che viceversa la “teoria critica della razza” (*Critical Race Theory*) assume come postulato, attorno a cui poi sviluppare il ragionamento<sup>19</sup>. In sintesi, l'*infalsificabilità* degli effetti finirebbe per collocare la fattispecie di propaganda

444; M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'uguaglianza e difesa dello Stato*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, p. 122 s.,

<sup>17</sup> In questo senso K. AMELUNG, *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung: Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Baden Baden, 2002, p. 21 s. Si diffonde sul tema A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005, p. 17 s.

<sup>18</sup> Così A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, p. 73.

<sup>19</sup> G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, p. 301; C. CARUSO, *Dignità degli “altri” e spazi di libertà degli “intolleranti”. Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quad. cost.*, 2013, n. 4, pp. 797-798.

razzista nel novero degli illeciti fondati sul *principio di precauzione*<sup>20</sup>, con le inevitabili fibrillazioni che discendono dal ricorso ad un modello di incriminazione privo di una base cognitiva *nomologico-esperienziale*, fondata su leggi scientifiche o regole di esperienza, e che si propone di scongiurare rischi frutto di supposizione, senz'altro seria ma pur sempre priva di conferme.

Ma è sul concetto di *dignità*, per lo più evocato dalla giurisprudenza quale oggetto di tutela del delitto di propaganda di idee fondate sull'odio razziale<sup>21</sup> – quanto meno sino alla recente presa di posizione del legislatore in favore dell'*eguaglianza*<sup>22</sup> – e sulla sua “capacità” di porsi quale bene giuridico di fattispecie, che si concentra il *focus* della riflessione, esprimendo questa “un valore a forte connotazione etico-emozionale”<sup>23</sup>, tale da disvelare un'attitudine “onnivora” rispetto agli altri diritti costituzionali, “in una cadenza argomentativa alla stregua della quale si ritenga che, appartenendo alla categoria dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), non sarebbe suscettibile di bilanciamento”<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Su cui v. D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della Cassazione*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 611 s.

<sup>21</sup> Cfr. Sez. I, 13 marzo 2012, n. 20508, in *Riv. pen.*, 2012, p. 970, ove la dignità appare riguardata come un'entità concettuale astratta, da tutelare ad oltranza e senza eccezioni, ed al cui cospetto la libertà di ricerca e di manifestazione del pensiero sono inesorabilmente destinate a cedere se con essa confliggenti; Sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581, cit.; Sez. I, 26 novembre 1997, n. 724, in *Cass. pen.*, 1999, p. 983 s. Sembra in linea con questa impostazione anche G.A. DE FRANCESCO, *D.L. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205*, cit., p. 179, il quale osserva come la propaganda (allora “diffusione”) di idee ispirate alla “superiorità” o all'“odio” razziale o etnico rappresenti “la più totale negazione della ‘personalità’ dell'uomo come valore in sé, come soggetto portatore di qualità ed attributi che non tollerano alcuna forma di ‘gerarchia’ o di differenziazione fondata sull'appartenenza o meno ad una determinata razza o gruppo sociale”. Aggiungendo che è la stessa Costituzione ad avere introdotto un “limite invalicabile” alla “possibilità di attuare comportamenti suscettibili di favorire e legittimare il perseguimento di obiettivi contrastanti con il riconoscimento di tali valori”, quali quelli della *personalità* dell'uomo (art. 2 Cost.) e della sua *pari dignità sociale* (art. 3 Cost.).

<sup>22</sup> In questo senso anche F. GIUNTA, *I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature*, in *disCrimen.it*, 25 ottobre 2018, p. 18.

<sup>23</sup> G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e ‘post-secolarismo’*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 558.

<sup>24</sup> Lo segnala, non senza preoccupazione, G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 settembre 2013, p. 14. Parimenti critico verso l'invocazione della dignità come argomento *Knock-down*, in grado di chiudere la discussione in partenza, senza concedere spazio ad eventuali contro-interessi antagonisti A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 3; C. CARUSO, *Dignità degli “altri” e spazi di libertà degli “intolleranti”*, cit., p. 812, secondo cui “il richiamo a questo ‘bene supremo’ cela, in realtà, l'irrigidimento protezionistico dell'ordinamento, che si chiude rispetto ad espressioni considerate in disaccordo rispetto alla cornice assiologica delle forze egemoni”.

Così come sul tema dei rapporti tra interessi giuridici a connotazione superindividuale e principio di offensività è parso inutile, in questa sede, indulgiare, limitandosi a lapidarie osservazioni strettamente correlate al tema di indagine, allo stesso modo non sembra qui il caso di avventurarsi nella ricostruzione del concetto di dignità che, stante la sua centralità e la pluralità degli ambiti nei quali esso viene invocato, ci costringerebbe a deviare sensibilmente dal tracciato che ci siamo proposti di (ri)percorrere.

È sufficiente, ai nostri fini, segnalare come, in accordo con quanto anche di recente rilevato<sup>25</sup>, sia nozione più facile da *percepire* che da *definire* ed il tentativo di delimitarne i confini potrebbe risultare fruttuoso solo declinandola *in negativo*, ovvero valorizzando il momento della sua aggressione, che si identifica con l'umiliazione, con ciò che "l'umano non può tollerare"<sup>26</sup>. Infatti, i tratti qualificanti della dignità *in positivo* – che, per opinione consolidata, consistono nella universalità, nella inalienabilità e nella intangibilità – non offrono spunti apprezzabili ai fini di una sua definizione, risolvendosi, a ben vedere, nell'enunciazione di contrassegni di estremo rilievo, in grado di sottolinearne le implicazioni valoriali e giuridiche, ma non altrettanto di attenuare la vaghezza e la rarefazione del significato.

In realtà, per alcuni, il suo contenuto fluttuante ed indefinito mal si concilierebbe, da un lato, con la nozione stessa di bene giuridico, finendo per confondersi, secondo gli stilemi della concezione *metodologica*, con la *ratio legis*, con correlativa regressione a mera "sintesi categoriale" degli scopi perseguiti dal legislatore<sup>27</sup>; e si presterebbe, dall'altro, ad essere sublimato in un'entità di tipo metafisico-trascedente, in un Universale Assoluto, che lo renderebbe immune da quello sforzo di concretizzazione-armonizzazione con la costellazione di interessi contrastanti, tipico del giudizio di bilanciamento<sup>28</sup>. Deriva, questa, sin troppo eviden-

Lo qualifica "un valore che permea di sé il diritto positivo" anche la Corte cost., 11 luglio 2000, n. 293, in *www.giurcost.org*, a proposito della legittimità costituzionale del reato di pubblicazioni oscene, in quanto raccapriccianti o impressionanti, di cui all'art. 15 L. n. 47/1948; "un valore supremo che non conosce distinzioni e graduazioni di status personale", Corte cost., 6 novembre 1991, n. 414, a proposito della illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter* L. n. 354/1975, nella parte in cui non prevede che la pena detentiva della reclusione militare possa essere espiata in regime di detenzione domiciliare da persona che si trovi in condizioni di salute particolarmente gravi, da richiedere costanti contatti con i presidi sanitari territoriali.

<sup>25</sup> F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011, p. 109 s.; O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in *Am. Journal Intern. Law*, 1999, p. 849; A. MARGALIT, *La società decente*, Milano, 1998, p. 52.

<sup>26</sup> Cfr., in proposito, da ultimo, la puntuale ed approfondita rivisitazione critica di A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2018, p. 511 s.

<sup>27</sup> Sulla nota e complessa tematica non ci si può che limitare a rinviare ai sempre attuali A. BARRATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966, p. 68 s.; e F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1981, p. 24 s.

<sup>28</sup> Ancora A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 11.

te nel delitto che ci occupa, poiché, una volta stabilito che la propaganda razzista lede la dignità umana, nel contempo e specularmente l'ambito di estensione della libertà di manifestazione del pensiero risulterebbe costretto da un *limite logico* insuperabile, in ossequio ad un ordine gerarchico di stampo assiologico precostituito, rigido ed irretrattabile.

D'altra parte, stante la già richiamata correlazione esistente tra fisionomia del bene protetto e tecniche di incriminazione, anche ad ammettere che la dignità rientri nella relativa categoria, la sua astrattezza ed imprecisione, in uno con la sua dislocazione nell'empireo dei princìpi supremi e dunque aprioristicamente prevalenti su ogni altro diritto-interesse concorrente<sup>29</sup>, si ripercuoterebbe sull'offensività della condotta, ineluttabilmente declinata secondo lo schema dei delitti di *pericolo astratto*: la mera conformità al fatto tipico sarebbe di per sé prova del pericolo insito nella condotta incriminata.

Con più specifico riferimento al negazionismo della *Shoah* e, per l'effetto, dei crimini internazionali ad essa equiparabili (genocidio, crimini contro l'umanità, ecc), la dignità è stata evocata, poi, in una dimensione *collettiva ed unitaria* che, muovendo dai singoli coinvolti a titolo personale o familiare nelle atrocità di quel momento storico, si spinge sino a richiamare il *sensu di umanità* originato dalla comprensione empatica dell'altrui sofferenza<sup>30</sup>. Perché quel luogo di sterminio non è soltanto uno spazio geograficamente delimitato che reclama protezione per quanti, essendoci stati, si sentano defraudati della propria storia dalla maldicenza negazionista; è il *simbolo* dell'orrore e del degrado a cui può giungere l'essere umano, è il paradigma della sua compromissione e, come tale, impone ad ogni società, senza vincoli di tempo o di spazio, di farsi carico di quel dolore, che non è di qualcuno ma dell'uomo stesso, nella sua ontologica essenza.

Prima di prendere posizione sull'adeguatezza o meno della dignità umana ad assurgere ad oggettività giuridica suscettibile di legittimare una scelta di criminalizzazione e sulla conseguente difficoltà di effettuare un bilanciamento con altri diritti essenziali allo svolgimento della vita democratica di uno Stato di diritto, appare opportuno soffermarsi su quali siano le possibili manifestazioni del negazionismo e su come queste siano state poi tradotte dal legislatore in norma.

<sup>29</sup> Si parla, in proposito, di "strategia della categorizzazione", che consiste nello stabilire, una volta per tutte ed in astratto, i *limiti impliciti* alla portata applicativa di un diritto fondamentale, individuando una serie di *eccezioni permanenti ed insuperabili* al suo ambito di estensione, derivanti dalla tutela di un interesse contrapposto gerarchicamente sovraordinato. Si legga, in proposito, G. PINO, *Diritti ed interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 156 s.; A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., pp. 22 s. e 58 s.

<sup>30</sup> In questo senso M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz"*, cit., pp. 40-41.



### 3. *Le forme di manifestazione del negazionismo e la soluzione adottata dal legislatore italiano*

Per come è strutturato l'art. 604 *bis*, comma 3, c.p., quanto meno nella parte in cui si sanzionano la propaganda, l'istigazione o l'incitamento che si fondino, in tutto o in parte, sulla negazione, sulla grave minimizzazione o sull'apologia della *Shoah*, v'è da rilevare, in prima battuta, come dette condotte si inseriscano nel paradigma di un modello di criminalizzazione altamente *consensuale*, accordandosi protezione ad una diffusa e consolidata ricostruzione di eventi storici, attorno ai quali si è formato negli anni un consenso univoco, generalizzato e trasversale. Già questa prima considerazione, sulla cui fondatezza non mi pare si possano avanzare dubbi o perplessità, è utile a qualificare il negazionismo come un *unicum* nel quadro complessivo dei c.d. *reati di opinione*, muovendosi questi ultimi lungo l'antitetica direttrice della penalizzazione di "opinioni pericolose che si innestano su un conflitto sociale"<sup>31</sup>, che fa da sfondo empirico-criminologico alle scelte politico-criminali. Se, dunque, essi rappresentano strumenti di lotta politica, funzionali a criminalizzare il *dissenso*, con la repressione del negazionismo solo apparentemente ci si colloca sulla medesima traiettoria punitiva, perseguendo in realtà il diverso obiettivo di irrobustire il consenso già esistente su fatti storici (lo sterminio del popolo ebraico) acclarati, indubitabilmente veri, che continuano a svolgere un ruolo essenziale nella coscienza degli uomini e delle donne di ogni tempo.

Se questo è vero, ciò che segue è che non v'è da scongiurare il rischio di arrecare un pregiudizio alla libertà di ricerca scientifica o di usurpare il mestiere dello storico, come potrebbe dirsi rispetto a vicende diverse dalla *Shoah*, che presentano o possono presentare contorni storico-politici non così nitidi e ancora in via di definizione. La negazione di ricostruzioni storiche oramai connotate dal crisma della *verità*, poiché frutto di un accertamento condotto con metodo scientifico dalla storiografia più accreditata, non può essere valutata alla stregua della manifestazione della libertà di un percorso di studio e di ricerca, che non tollera indebite restrizioni o compressioni di sorta<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Così si esprime E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1024.

<sup>32</sup> Di questo avviso anche L. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., p. 371. In senso contrario M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Nota su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell' "offense" di Joel Feinberg, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, p. 92. L'unicità del negazionismo dell'Olocausto, in quanto fatto storicamente *indiscutibile*, viene affermata anche dalla Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera*, ric. n. 27510/08, 15 ottobre 2015, relativa alla condanna inflitta dalla Svizzera al ricorrente ai sensi dell'art. 261 *bis*, comma 4, c.p., per aver negato che il massacro compiuto dagli Ottomani a danno della comunità armena nel 1915 fosse qualificabile come *genocidio*. Sia i giudici della Seconda Sezione, nel dicembre 2013, che la Grande Camera, adita dal Governo svizzero ai sensi dell'art. 43 CEDU, hanno

I negazionisti sono impostori che si cibano di menzogne che, per quanto grossolane e senz'altro confutabili poiché attingono fatti da considerare come *notori* o alla stregua di *massime di esperienza*<sup>33</sup> (si pensi, per tutte, ai falsi storici sull'inesistenza delle camere a gas e dei forni crematori)<sup>34</sup>, vengono prospettate con sottigliezza argomentativa e toni sufficientemente sobri, nel fermo, sia pure non palesato, intendimento di smascherare gli interessi sottesi al c.d. *complotto giudaico* – fatto di poteri forti ed occulti, di connivenze ed intrecci affaristici e di progetti diffamatori di un intero paese (la Germania) a fini di profitto – e di riuscire nell'intento di costruire un mondo nuovo, finalmente libero dall'egemonia sionista e dalle ingiustizie da questa patrocinate<sup>35</sup>. Un vero e proprio disegno politico-ideologico, “un'impresa di ‘igiene culturale’”<sup>36</sup> la quale, passando dalla falsificazione dell'abiezione degli stermini e dalla negazione della c.d. soluzione finale (*Endlösung*) – che sarebbe consistita nell'emigrazione, volontaria, degli ebrei negli Stati Uniti e nell'ex Unione sovietica, così da far perdere le loro tracce – approda ad una ri-legittimazione del nazismo, una volta epurato dei momenti più aberranti ed improponibili della sua parabola storica e, più in generale, della storia dell'umanità.

Ciò precisato, per dare risposta all'interrogativo su quale sia stato l'approccio del legislatore italiano al tema che ci occupa, non sembra inutile richiamare la distinzione, prospettata in dottrina<sup>37</sup>, tra:

concluso per la non necessità, in una società democratica, della condanna del ricorrente, che aveva espresso un'opinione non sorretta dalla volontà di istigare all'odio o all'intolleranza nei confronti del popolo armeno ed avente ad oggetto fatti attorno ai quali non si era formato un consenso storico da parte della comunità internazionale, tenuto conto della circostanza che, con le proprie affermazioni, il Perinçek non aveva inteso negare l'esistenza del massacro ma rimetterne in discussione soltanto la qualificazione giuridica. Viene, pertanto, data applicazione all'art. 10 CEDU.

Per ulteriori approfondimenti sulle varie scansioni dell'*iter* processuale e su come si articola la motivazione della sentenza della Grande Camera cfr. L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, n. 10, p. 82 s.

<sup>33</sup> In questi termini G. POGGESCHI, *Diritto e memoria*, cit., p. 222.

<sup>34</sup> Sugli assiomi del negazionismo enunciati, nel 1973, dall'*Institute of Historical Review* cfr. A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XVI s. Vi indugia anche M. CAPUTO, *La “menzogna di Auschwitz”*, cit., pp. 5-7.

<sup>35</sup> Si diffonde sul punto C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, *passim*; vi fanno riferimento anche M. CAPUTO, *La “menzogna di Auschwitz”*, cit., p. 6 s.; G. INSOLERA, *Tempo, memoria e diritto penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 marzo 2018, pp. 6-7; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 149 s.

Più specificamente sulle tecniche argomentative utilizzate dai negazionisti si rinvia ai fondamentali lavori di V. PISANTY, *Abusi di memoria. Negare, sacralizzare, banalizzare la Shoah*, Milano, 2012; ID., *L'irritante questione delle camere a gas: logica del negazionismo*, Milano, 2014, p. 251 s.

<sup>36</sup> Così, con efficacia, ancora M. CAPUTO, *La “menzogna di Auschwitz”*, cit., p. 5.

<sup>37</sup> Mi riferisco a D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 984 s.

a) *negazionismo-vilipendio*, che, fondandosi sulla mera intangibilità morale della memoria della *Shoah*, può essere assimilato alle condotte oltraggiose delle religioni, con le quali condividerebbe la 'sacralità' di una vicenda storica che, per i valori che incarna, non potrebbe essere rimessa in discussione, confutata o banalizzata da opinioni manifestamente false e frontalmente irrispettose della tragica esperienza di morte e sofferenza di un popolo perseguitato, falciato, umiliato e defraudato della propria identità. Tanto più è grossolana la menzogna, tanto più intensa sarebbe l'offesa che ne deriva, con ciò che ne conseguirebbe in termini di incriminazione e di relativa sanzione;

b) *negazionismo-istigazione*, la cui carica offensiva non si identificerebbe nella mera divulgazione di tesi profanatrici della verità storica e, come tali, urticanti, immorali, invereconde, bensì nella capacità dei propalatori di fare proseliti, convincendo o suggestionando gli uditori della fondatezza del proprio argomentare o, comunque, della non radicale infondatezza di quanto sostenuto con il proprio messaggio eversivo e dissacrante. In questo caso l'offensività della condotta si correlerebbe alla "sottigliezza della menzogna, alla capacità di camuffarla, rendendola credibile"<sup>38</sup>, alimentando così sentimenti di disprezzo verso gruppi etnici, sociali, religiosi e simili.

La norma così faticosamente licenziata dal Parlamento italiano recepisce questa seconda direttrice di incriminazione, com'è evidente, per un verso, dalla sancita equiparazione tra (mera) negazione ed apologia; e, per l'altro, dalla riferibilità di quest'ultime al *genus* delle condotte *propagandistico-istigatorie*, nei confronti delle quali esse si atteggiavano a *speciali* varianti applicative, ma pur sempre calibrate sull'idoneità a risolversi in un incitamento alla violenza, alla discriminazione, all'intolleranza. Abbandonata, cioè, la dimensione meramente "oltraggiosa", ciò che si punisce non è la negazione della *Shoah* in quanto tale, bensì soltanto quella che ha in sé i prodromi del veicolo apologetico e dell'esortazione all'odio, con la duplice, inconciliabile, conseguenza di offrire, da un lato, un salvacondotto alla libertà di manifestazione del pensiero, alla fine preservata anche dinanzi alle fumisterie negazioniste incapaci di tramutarsi in istigazione, ancorché indiretta. Ma di relegare al di fuori del circuito penalistico, dall'altro, proprio quelle opinioni implausibili, mistificatorie, farneticanti, in breve false-conclamate, sulla cui proposta di attribuzione di rilevanza penale aveva preso avvio il dibattito, prima di registrare una significativa impennata con la ferma resistenza opposta dagli storici, concretizzatasi nella sottoscrizione congiunta di un appello apparso su diversi quotidiani nel gennaio di più di 10 anni orsono<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, cit., p. 986.

<sup>39</sup> Si fa riferimento al Manifesto promosso da M. FLORES, S. LEVI SULLAM, E. TRAVERSO, dal titolo: *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, che si può leggere sul sito [www.storicamente.org](http://www.storicamente.org).

Una soluzione di (poco soddisfacente?) compromesso, senz'altro sollecitata dal Consiglio dell'Unione europea con la decisione quadro del novembre 2008<sup>40</sup> ed avvalorata – come avremo modo di precisare meglio tra poco – dal suo inquadramento dogmatico tra le *circostanze aggravanti* anziché tra le fattispecie autonome.

In realtà, a ben vedere, nella disposizione attualmente vigente i termini della relazione tra istigazione e negazionismo vengono addirittura capovolti, poiché non si prevede la punizione del negazionismo *se e quando istiga*, ma una sanzione più severa dell'istigazione, *se e quando nega*<sup>41</sup>.

Il che contribuisce non soltanto a tracciare un solco profondo con il c.d. *negazionismo-vilipendio*, definitivamente confinato nell'area dell'indifferente penale, ma anche a far calare la penombra sulla reale effettività di una norma che finisce per reprimere l'*istigazione-negazionismo*, trascurando che di rado l'istigazione alla discriminazione o alla violenza razziale si fonda, anche soltanto in parte, sul negazionismo, presentandosi caso mai quest'ultimo come suo corollario, "utile" ad offrire all'uditorio un quadro più esaustivo del 'nemico' da combattere.

Come si accennava, il precetto antinegazionista viene racchiuso in un involucro che, per l'opinione dominante, sembra riecheggiare emblematicamente i tratti distintivi delle fattispecie circostanziali. E ciò – una volta stabilito che tra le due ipotesi a confronto ricorre la *precondizione* della sussistenza di un rapporto di *specialità unilaterale*, sia esso *per specificazione* che *per aggiunta*<sup>42</sup> – in ragione, in via di prima approssimazione, di indici di stampo *formale*, senz'altro deboli e *non probanti* ma, poiché univocamente convergenti verso la natura circostanziale, neppure del tutto trascurabili. Mi riferisco alla *collocazione topografica* all'interno del medesimo articolo che descrive le fattispecie base ed alla mancata attribuzione all'ipotesi dubbia di un apposito *nomen iuris*, tanto nel testo quanto nella rubrica.

<sup>40</sup> Al cui art 1, § 1, lett. c), si stabilisce che: "Ciascun Stato membro adotta le misure necessarie affinché le seguenti condotte dolose siano rese punibili: [...] c) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7, e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando la condotta sia realizzata *in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro*" (n.d.a.: il corsivo è nostro). Per i relativi riferimenti bibliografici cfr. *supra*, nota 12.

<sup>41</sup> Come opportunamente rilevato da L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione*, cit., p. 96. Si duole della pochezza della tecnica legislativa anche A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1015.

<sup>42</sup> Per la più corretta collocazione della specialità tra i *presupposti* essenziali ai fini della qualificazione di un elemento in termini di circostanza o di reato autonomo anziché tra i criteri solutori sia consentito rinviare al nostro *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Torino 2017, p. 23 s. ed alla bibliografia lì richiamata.

Sarebbe, tuttavia, di ostacolo a tale conclusione la *tecnica di descrizione del fatto*, che, a partire dalle Sezioni unite Fedi e non solo<sup>43</sup>, rappresenta, come si sa, un indice a carattere *strutturale* dalla innegabile forza euristica e che, nel caso che ci occupa, orienterebbe, secondo una certa impostazione, per la natura autonoma e non circostanziale della fattispecie scrutinata<sup>44</sup>. L'enunciato normativo, infatti, non sarebbe costruito *per relationem*, e cioè attraverso un rinvio alla fattispecie tipica già contenuta nella disposizione che disciplina il reato-base (art. 604 *bis*, comma 1, lett. a) e b)), ma si connoterebbe per una riformulazione integrale della stessa, attuata mediante la riproposizione "letterale" delle condotte di propaganda e di istigazione, con la sola aggiunta dell'incitamento, e la specificazione che esse debbano trovare fondamento, in via alternativa ed anche soltanto parziale, nella negazione/minimizzazione/apologia della *Shoah* e di crimini a questa equiparati. Se, infatti, mutuare la tipicità da altra disposizione o da altra norma limitrofa lascerebbe presagire che, così facendo, si sia inteso "tenere in evidenza"<sup>45</sup> quest'ultima, senza dar vita ad una "nuova" fattispecie di reato, ad esiti opposti dovrebbe pervenirsi quando si propenda per una ridescrizione del fatto, essendo la tipizzazione *ex novo* al contrario dimostrativa della natura *costitutiva* della fattispecie.

Ed è parimenti vero che – siccome, nel disegno di legge Amati originariamente approvato al Senato l'11 febbraio 2015, la norma era stata calibrata sul rinvio ai "fatti di cui al comma 1, lett. a) e b) ed al comma 3", rispetto ai quali si sanciva che "la pena [fosse] aumentata" – non era allora revocabile in dubbio la qualificazione come circostanza della previsione *in fieri*, avendo il legislatore fatto leva su altro criterio *strutturale*, questo sì univocamente assunto come risolutivo. Infatti, al cospetto di fattispecie in rapporto di specialità, ove si proceda alla *deter-*

<sup>43</sup> Ci si riferisce a Sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, in *C.E.D. Cass.*, n. 221663; Sez. un., 27 ottobre 2011, n. 4694, *ivi*, n. 251270, in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico posto in essere dai soggetti qualificati di cui all'art. 615 *ter*, comma 2, n. 1, c.p.; Sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, in *www.penalecontemporaneo.it*, che, nel c.d. processo *Eternit*, qualifica come reato aggravato dall'evento e, quindi, come circostanza la fattispecie di cui all'art. 434, comma 2, c.p..

<sup>44</sup> È di questo avviso A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, n. 3, pp. 294-296, che, prendendo le mosse dalle modalità di descrizione degli elementi costitutivi della fattispecie, giunge ad escludere che questa possa essere qualificata come circostanza, stante la *diversità* esistente tra le condotte incriminate dall'una e dall'altra ipotesi, che sarebbe sancita dalla compresenza della *negazione* e del *concreto pericolo di diffusione*. Parimenti E. VENAFRO, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 8 febbraio 2018, pp. 17-18, secondo la quale, mentre il delitto di riferimento si farebbe carico di punire l'istigazione a commettere atti di violenza o di discriminazione, il reato di negazionismo avrebbe ad oggetto l'istigazione (o la propaganda) che sia idonea alla *diffusione*. L'oggettiva alterità e non sovrapponibilità delle condotte sarebbe tale da escludere la sussistenza di un rapporto di specialità, di talché non residuerebbe per l'interprete altra opzione esegetica possibile, se non quella di concludere che si tratti di un titolo autonomo di reato.

<sup>45</sup> È espressione alquanto evocativa, sebbene risalente, utilizzata da A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1959, p. 66.

*minazione della pena* attraverso il ricorso ad una “variazione indeterminata” della stessa – di cui si hanno chiare esemplificazioni nell’utilizzo, per l’appunto, di espressioni quali “la pena è aumentata” o “la pena è diminuita” o nel rinvio esplicito all’art. 69 c.p. – non si profilano alternative esegetiche validamente percorribili se non quella di considerare la disposizione che le contenga una circostanza, dal momento che nulla si dice sulle modalità con le quali il giudice debba procedere alla quantificazione della pena, con la conseguente necessità per quest’ultimo di dare applicazione ai principi generali stabiliti dagli artt. 64 e 65 c.p.<sup>46</sup>.

Tuttavia, nell’ulteriore passaggio al Senato successivo alle modifiche approvate alla Camera nell’ottobre di quell’anno<sup>47</sup>, il testo di legge viene integralmente sostituito, avendo trovato consenso parlamentare l’emendamento 1.401<sup>48</sup>, promosso dall’allora Presidente della Commissione giustizia Vincenzo D’Ascola che, per quanto qui interessa<sup>49</sup>, si è tradotto nella soppressione, come detto, del richiamo alla fattispecie base e nella proposizione, sul versante del trattamento sanzionatorio, di una nuova cornice edittale. Venuto meno, dunque, l’indice strutturale ad efficacia *vincolante*, l’interrogativo su quale sia il più corretto inquadramento dogmatico da riservare alla disposizione vigente ritorna prepotentemente attuale, giacché il terreno su cui ci si muove è quello scandito dal flebile confine che separa i titoli autonomi di reato dalle circostanze aggravanti *indipendenti* (ad effetto speciale).

<sup>46</sup> Ed in questo senso avevano, condivisibilmente, concluso G.L. GATTA, *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 febbraio 2015; D. PULITANO, *Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, n. 4, p. 325 s. D’altra parte la stessa Presidente della Commissione giustizia alla Camera, onorevole Ferranti, nel fare il resoconto dello stato degli atti relativi al provvedimento, in data 16 aprile 2015 si era espressa in senso favorevole alla nuova formulazione del testo, segnalando la necessità di ovviare alle perplessità e criticità emerse nel corso del dibattito sul rischio di introdurre un (nuovo) reato di opinione, tenuto conto del temperamento tra le esigenze, a più riprese rimarcate dalle fonti internazionali ed europee, di contrasto del negazionismo con quelle di tutela della libertà di manifestazione del pensiero di cui all’art. 21 Cost.

<sup>47</sup> Per una ricognizione puntuale delle variazioni, sia per aggiunta che per eliminazione, “subìte” dal testo, una volta approdato alla Camera, si legga A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo “reato” di negazionismo*, cit., p. 290.

<sup>48</sup> Definito dal senatore Palma come emendamento *canguro* (dalla prassi ricorrente nel Parlamento britannico e nota come *Kangaroo closure*), a sottolineare l’effetto decadenziale che si abbatte su tutti gli emendamenti sin lì presentati allorquando venga proposta una modifica essenzialmente sostitutiva dell’intero testo che, dunque, risulta nuovo e diverso rispetto a quello a cui essi avrebbero dovuto riferirsi.

<sup>49</sup> La più significativa novità afferente all’assetto tipologico della norma consiste nella sostituzione del riferimento, in essa originariamente contenuto, alla *pubblicità* della condotta con la necessità che da essa derivi un *concreto pericolo di diffusione*, da cui senz’altro discende una dilatazione dell’ambito di prensione punitiva della fattispecie.

A mio avviso, l'idea, sostenuta da taluni<sup>50</sup>, secondo cui la diversità dell'oggetto dell'istigazione tra le ipotesi di cui alle lett. a) e b) e quella di cui al terzo comma dell'art. 604 *bis* c.p. sarebbe evocativa dell'*alterità* delle condotte e, per l'effetto, della loro *non sovrapponibilità*, di talché, difettando un rapporto di specialità tra le stesse, non si potrebbe che optare per la natura di fattispecie autonoma della previsione in esame, non coglie nel segno e deve essere respinta.

Secondo questa impostazione, mentre i delitti di propaganda ed istigazione per motivi razziali affonderebbero la loro sostanza regolativa nel pericolo che quel messaggio di odio possa trasformarsi in concreti atti di discriminazione o di violenza, in una progressione disvaloriale a cui si deve il contemperamento con le antagonistiche istanze provenienti dal diritto alla libera manifestazione del pensiero, il delitto di negazionismo farebbe perno, invece, su condotte istigatorie *non* collegate a detta capacità, bensì al "*concreto pericolo di diffusione*". Dunque, in sintesi e semplificando: istigazione a commettere atti discriminatori o violenti, da un lato; istigazione alla diffusione delle idee negazioniste, dall'altro.

Ma, per quanto la trama normativa non si segnali certo per fluidità del costruito e rigore semantico, non poco artificiosa appare una sua lettura che disancori le condotte di propaganda, istigazione o incitamento dall'odio razziale o dagli atti di discriminazione o di provocazione alla violenza per motivi razziali, facendole coincidere con la negazione stessa, che sarebbe quindi punibile in quanto tale, seppur *non qualificata*<sup>51</sup>.

In realtà, con il chiaro obiettivo di liberare la norma dalla *presunzione di pericolosità* insita nell'avverbio "pubblicamente" o nell'aggettivo "pubblico" che, nella formulazione originaria, contrassegnavano le condotte propagandistico-istigatorie, si è ritenuto di ancorarne la punibilità ad un requisito di maggiore concretezza del pericolo, peraltro misurato sulla diffusività anziché sulla pubblicità, che rappresenta un *quid pluris* specializzante rispetto alla norma generale, nella quale esso non compare. Il che non significa affatto che la diffusione diventi l'*oggetto* dell'istigazione e che la negazione della Shoah e degli altri crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra si autonomizzi al punto da divenire essa stessa condotta in luogo di una *speciale* forma di manifestazione della propaganda/istigazione/incitamento sorretta da un movente di odio o di discriminazione razziale.

Assumendo le condotte ivi sanzionate un significato compiuto soltanto rinviando all'oggetto declinato alle lett. a) e b), la tecnica normativa di riproporre, in parte, le condotte costitutive del fatto "base", senz'altro infelice ed insolita, non

<sup>50</sup> Cfr. autori citati *supra*, nota 44.

<sup>51</sup> Considera tale ricostruzione alla stregua di un'implicita analogia *in malam partem* L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione*, cit., p. 95, che incisivamente qualifica le condotte di propaganda, istigazione o incitamento che non si riferiscano all'odio razziale o a motivi discriminatori di cui alle lett. a) e b) come "fluttuanti".

potrebbe essere intesa come “ridescrizione dell’intero fatto tipico”<sup>52</sup> e dunque *probante* della qualificazione come fattispecie autonoma di reato<sup>53</sup>, non ottenendo un risultato diverso da quello che avrebbe prodotto un rinvio *per relationem*, a cui è nella sostanza equiparabile<sup>54</sup>.

Pertanto, trattandosi di una tipizzazione *ex novo* meramente *apparente*, che in realtà è in tutto e per tutto assimilabile ad una tipizzazione *derivata ed eterointegrata*, è senz’altro preferibile ricondurla al novero delle circostanze aggravanti, con la conseguenza, direttamente derivante dalla “sintassi logica del sistema”<sup>55</sup>, di mantenere immutata l’area del penalmente vietato rispetto alla fattispecie che ha fatto ingresso nell’ordinamento penale a metà degli anni 70. Al netto di quanto diremo tra poco su quale possa essere l’assetto più armonico con la protezione che deve essere accordata alla libertà di manifestazione del pensiero, non è mancato chi ha osservato come relegare il negazionismo a mero “amplificatore” di pena, senza elevarlo a tipo autonomo di reato, equivarrebbe, da un lato, ad una sorta di tradimento dell’intento di valorizzazione della tutela, rimanendo il disvalore che esprime incentrato sulla fattispecie base<sup>56</sup>. Rilievo, a parere di chi scrive, affatto condivisibile, ma, nel contempo, precipitato di quella fisiologica porzione di incompiutezza che alberga in ogni soluzione di compromesso.

E renderebbe concreto, dall’altro, il rischio di *ineffettività*<sup>57</sup> che si annida in ogni figura circostanziale a cui il legislatore non abbia riservato quel particolare trattamento noto come *blindatura*, sia essa a *base totale* (che si ha quando si accorda alla singola aggravante il privilegio di essere già astrattamente riconosciuta come *prevalente* sulle circostanze di segno contrario), sia essa a *base parziale* (che si ha quando detto privilegio sia circoscritto alla sola preclusione che essa risulti

<sup>52</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2016, p. 521 (il corsivo è nostro).

<sup>53</sup> Di questo avviso anche L. CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi*, in *Arch. pen.*, 1974, p. 378; R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 308.

<sup>54</sup> Negli stessi esatti termini si esprimono le Sez. un., 21 giugno 2018, n. 40982, in *www.giurisprudenzapenale.com*, che concludono per la natura *circostanziale* delle previsioni contenute all’art. 12, comma 3, D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (c.d. T.U. sull’immigrazione) nonostante la *integrale* riformulazione del fatto tipico, proprio in ragione del fatto che, con tale tecnica legislativa, non si sarebbe determinato un effetto diverso da quello che sarebbe stato se si fosse scelto di procedere con un rinvio *per relationem*. Soluzione che, tuttavia, lascia perplessi, perché, se si invoca un criterio di tipo *strutturale* che fa leva sulle modalità di descrizione del precetto, una *pedissequa riproposizione* di quest’ultimo impone una valutazione che si muova su un piano rigorosamente formale, senza deviare sugli effetti *sostanziali* che da essa discendono o potrebbero discendere.

<sup>55</sup> Così, testualmente, D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio*, cit., p. 332.

<sup>56</sup> Cfr. E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1028.

<sup>57</sup> Ancora E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1027; G. PUGLISI, *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”*, cit., p. 34 s.



soccombente)<sup>58</sup>. Non essendo la circostanza del negazionismo sottratta *ex lege* alla logica del bilanciamento, non potrebbe escludersi una sua *sterilizzazione* quale esito di un giudizio di equivalenza o di subvalenza rispetto a concorrenti attenuanti, anche generiche.

Osservazione che, di nuovo, non presenta margini di opinabilità, fatta eccezione – come evidenzieremo meglio tra breve – per la parte in cui si condanna la norma ad inutile (ed ulteriore) manifesto di quella legislazione penale *simbolica*, nella quale le *funzioni latenti* del controllo penale, e cioè le rassicurazioni verso l'opinione pubblica, fanno premio sulle *funzioni manifeste*, e cioè sugli obiettivi di tutela dichiarati<sup>59</sup>.

#### 4. La difficile “composizione” tra commissione di un delitto ed esercizio di un diritto

Da quanto finora detto non è difficile intuire come la fattispecie oggetto di indagine, tanto nella figura di base quanto – e non potrebbe essere altrimenti – nell'ipotesi aggravata, mostri obliquità che potrebbero dare l'idea di una pericolosa inclinazione verso paradigmi di tutela più vicini ad una concezione *ideocratica* del diritto penale<sup>60</sup>, incarnata da un *sentimentalismo* sociale, che ad un principio *laico* di una penalità secolarizzata e utilitaristico-razionale<sup>61</sup>. Ma non si

<sup>58</sup> Per tali distinzioni ed i relativi approfondimenti si veda, per tutti, A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, p. 68 s.

<sup>59</sup> Per tale efficace distinzione v. W. HASSEMER, *Symbolische Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NSTZ, 1989, p. 553 s. Nella letteratura penalistica italiana, nella materia che ci occupa, cfr. L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 14.

<sup>60</sup> Secondo la definizione di C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1154 s.

<sup>61</sup> In questi termini, nell'ambito di una riflessione di carattere generale sul progressivo avanzamento del “sentimentalismo sociale” e sulla sempre più diffusa tendenza del diritto penale a farsi strumento al servizio delle “attese emotive della c.d. coscienza sociale”, di recente anche F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, pp. 101-103. È talmente ampia la bibliografia sulla laicità nel diritto penale che non ci si può che limitare, a titolo esemplificativo, a segnalare, oltre a quello già citato alla nota che precede, i contributi che figurano all'interno del cap. II di A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., p. 103 s. Nonché di F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia “sostanziale”*, in *Quad. cost.*, 2010, n. 2, p. 437 s.; G. L. RISICATO-E. LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009; E. DOLCINI, *Laicità, “sana laicità” e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1017 s.; G. FIANDACA-G. FRANCOLINI, *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008; L. RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”. Riflessi sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008; G. FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la “laicità”: il “potenziale di verità” di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, p. 297 s.; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “postsecolarismo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 55 s.; ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi*

tratta, a mio avviso, di avventurarsi nell'affascinante (ed ostica) tematica se sia ammissibile o meno che una moderna teoria della criminalizzazione assicuri un presidio penalistico ad entità incorporee ed immateriali, quali i *sentimenti*, individuali o collettivi che siano<sup>62</sup>. Come è stato acutamente rilevato<sup>63</sup>, qui sono in gioco interessi che hanno a che fare con l'universo etico-politico colpito dalle condotte incriminate; qui si arriva a negare l'identità e le qualità intrinseche proprie di ogni essere umano in ragione della sua diversa origine o appartenenza, finendo per escluderlo dalla stessa dimensione essenziale propria "dell'altro" e per cancellarlo dai rapporti sociali ed interpersonali<sup>64</sup>. E, dunque, per quanto sia indubbio che la dignità, nei molteplici settori nella quale viene evocata, presenti una carica ideale di particolare intensità, tale da renderne più sfumati i contorni di "bene giuridico" per assumere i connotati di una "sintesi categoriale"<sup>65</sup>, di grandezza dal contenuto "assoluto" ma poco definito, dinanzi a fenomeni che attingono l'uomo nella sua stessa *dimensione ontologica* non ci si deve chiedere se il diritto penale debba occuparsene o meno<sup>66</sup>, come invero da più parti è stato revocato in dubbio, né se il bene tutelato (la dignità o, se si preferisce seguendo il lessico del legislatore codicistico, l'eguaglianza) sia troppo evanescente o fumoso per accordargli protezione<sup>67</sup>.

*in onore di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991, p. 180 s.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, cit., p. 139 s.; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 477 s.

<sup>62</sup> Su cui, da ultimo, F. BACCO, *Tutela penale dei "sentimenti". Manifestazioni espressive, sensibilità individuali, eguale rispetto*, Torino, 2018. Nonché G. FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013, p. 223 s.; M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 41 s.

<sup>63</sup> D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, cit., p. 326.

<sup>64</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale delle persone e nuove tecnologie*, Padova, 2013, p. 13.

<sup>65</sup> Ancora G.A. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere*, cit., pp. 11-12. Si spinge oltre A. VI-SCONTI, *Reputazione, dignità, onore*, cit., pp. 541-542: ad avviso dell'Autrice, la dignità, riferendosi ad un valore *assoluto* e *globale* dell'essere umano, sarebbe incapace di orientare *specifiche* e *puntuali* scelte di politica criminale e dunque di atteggiarsi a *bene giuridico* nel senso proprio del termine. In quanto qualità *intrinseca, coessenziale dell'essere umano*, sarebbe alla *radice* di tutti i diritti fondamentali della persona, non coincidendo con nessuno di essi.

<sup>66</sup> Dello stesso avviso G.A. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere*, cit., p. 13, che fa notare come sarebbe singolare che l'ordinamento si preoccupasse, come fa, di tutelare l'onore di fronte ad addebiti senz'altro infondati ma che non privano l'interlocutore dell'attributo di "umano" e poi non riconoscesse rilevanza penale a quelle offese che, viceversa, neghino lo stesso essere "qualcuno" a colui al quale sono rivolte, rendendolo immeritevole della considerazione e del rispetto che si debbono alla persona in quanto tale.

<sup>67</sup> Così anche D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, cit., p. 326 che, con specifico riferimento al negazionismo, esclude che l'oggetto di tutela si riduca alla generica *memoria storica*, affermando che esso, piuttosto, ha a che vedere con la dignità di popoli che sono state vit-

Neppure, infine, si deve temere che, una volta dato corso all'opzione favorevole alla penalizzazione, si consumi il tradimento della *laicità*, poiché l'ordinamento si mantiene laico fintanto che non pretenda di imporre il proprio punto di vista ideologico, informandosi al principio del pari rispetto dovuto ad ogni uomo in quanto tale. Quando, viceversa, venga meno il presupposto del *riconoscimento reciproco dell'altro* sol perché essere umano, ecco che diventa impraticabile l'idea, altrimenti "inviolabile", dell'assoluta equidistanza rispetto a diverse concezioni morali partecolari, mancando quella pre-"condizione strutturale di dialogicità"<sup>68</sup>, che legittima l'interazione comunicativa su qualsiasi espressione del pensiero<sup>69</sup>.

Ciò che, viceversa, merita attenta riflessione sono le modalità attraverso le quali si è dato corpo, nel nostro sistema, alla fattispecie incriminatrice attualmente vigente, per saggiarne la tenuta rispetto al principio di offensività e per renderla compatibile, se del caso, con la libertà, costituzionalmente tutelata, di esprimersi.

Quanto sopra precisato, va ribadito come il legislatore nazionale abbia preso le distanze dalla punibilità di mere manifestazioni del pensiero, incentrando l'offesa attorno a condotte propagandistico-istigatorie, e non già meramente diffuse, che presentino connotati di pericolosità in termini di effettiva induzione ad atti di discriminazione o di violenza.

Saremmo, dunque, dinanzi ad un bilanciamento, per così dire, *interno* alla norma<sup>70</sup>, che sarebbe già stata costruita per conciliare dignità personale e libertà di parola, riconducendo nell'alveo della tipicità le sole espressioni di pensiero razzista causalmente idonee, secondo un giudizio prognostico *ex ante*, a determinare effetti dannosi, identificati in prassi discriminatorie o comportamenti violenti<sup>71</sup>.

time di genocidi e concludendo: "La posta in gioco è altissima. Altro che inesistenza di un bene giuridico!"; G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1057-1058, il quale, in tema, così si esprime: "Verrebbe anzi da dire: se la categoria del bene giuridico cui la dottrina penalistica resta così affezionata...non riesce a dar conto di questi valori e delle sofferenze che il loro spregio produce nelle persone, forse sarebbe il caso di pensare ad una sua dismissione o, quanto meno, a un sostanzioso *restyling*, che passi attraverso un ulteriore sviluppo di quella lettura 'situazionale', strettamente connessa a una sana immissione di *realismo* vittimologico".

<sup>68</sup> In questi termini F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale*, cit. p. 446.

<sup>69</sup> Più diffusamente, sul punto, M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz"*, cit., pp. 30-31.

<sup>70</sup> Parla di bilanciamento *effect based* A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 99. Sembra seguire questo approccio L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale*, cit., p. 130 s.

<sup>71</sup> La stessa giurisprudenza convenzionale ha fatto ampio ricorso all'art. 17 CEDU, che è la norma che mira ad escludere dal sistema di protezione assicurato dalla Convenzione l'esercizio di un diritto, se questo si concretizza in atti finalizzati alla distruzione delle libertà che essa stessa riconosce (c.d. *abuse clause*). E, dunque, le opinioni che si dirigono contro i valori fondamentali sottesi alla Convenzione, quali la negazione di fatti storici acclarati, la giustificazione di crimini di massa, la glorificazione di crimini di guerra, contro l'umanità o di genocidio, possono essere soggette a sanzioni penali. Così, tra le altre, Corte EDU, *Lehideux e Isorni c. Francia*, ric. n. 24662/94, 23 settembre 1998, § 47; *Jano-*

A tale impostazione si è, tuttavia, obiettato, anzitutto, che, andando di questo avviso, la distinzione tra propaganda ed istigazione, pur presente nel corpo della norma, finirebbe per assottigliarsi sino a sfumare, giacché la prima tenderebbe a convertirsi, nel momento applicativo, nella seconda, assumendo rilievo come “istigazione ‘oggettiva’ ed ‘indiretta’ al compimento di atti di discriminazione e violenza”<sup>72</sup>.

E si è segnalato, in secondo luogo, come, in mancanza di affidabili strumenti socio-prasseologici di indagine, il richiamo al pericolo concreto altro non sarebbe se non una formula vuota, meramente declamatoria, che troverebbe sostanza in giudizi di valore rimessi all’interprete, che farebbe sentire il peso del proprio orientamento ideologico a favore dell’uno o dell’altro interesse costituzionalmente tutelato<sup>73</sup>. Con l’inevitabile conseguenza di dover qualificare come *astratto* o addirittura *presunto* quel pericolo asseritamente concreto, perché ciò che il giudice, in ultima analisi, sarebbe tenuto a verificare è “la creazione di uno stato d’animo incline alla disobbedienza, come *eventuale* presupposto di futuri *probabili* comportamenti violenti e/o illegali”<sup>74</sup>.

Per ovviare a tali considerevoli inconvenienti, si è suggerito di mutare radicalmente approccio, avvalendosi di una regola di “collisione” grosso modo strutturata sulla falsa riga di quanto avviene nel confronto tra *diritto di critica* e *diffamazione* e dunque calibrata sul trinomio *verità-pertinenza-continenza*, che consentirebbe di distinguere tra forme di intolleranza *gratuita ed ingiustificata*, penal-

*wiec e altri c. Russia*, ric. n. 29520/09, 16 aprile 2012, § 165; *Garaudy c. Francia*, ric. n. 65831/01, 24 giugno 2003, § 1; *Orban e altri c. Francia*, ric. n. 20985/05, 15 gennaio 2005, § 35; *Fáber c. Ungheria*, ric. n. 40721/08, 24 luglio 2012, § 58. In particolare, con riferimento al negazionismo dell’Olocausto, la Corte ha per lo più dichiarato i ricorsi promossi dai condannati *inammissibili*, escludendo dunque il bilanciamento con la libertà di espressione previsto dall’art. 10, comma 2, CEDU e facendo così scattare quello che è stato definito il *guillotine effect*. In tema, si leggano, tra le molte, Corte EDU, *F. P. c. Germania*, ric. n. 19459/92, 29 marzo 1993; *Walendy c. Germania*, ric. n. 21128/92, 11 gennaio 1995; *Remer c. Germania*, ric. n. 25096/1994, 6 settembre 1995; *Partito Nazionaldemocratico Tedesco c. Germania*, ric. n. 25992/94, 29 novembre 1995; *Rebhandl c. Austria*, ric. n. 24398/94, 16 gennaio 1996; *Hennicke c. Germania*, ric. n. 34889/97, 21 maggio 1997; *Nachtmann c. Austria*, ric. n. 36773/97, 9 settembre 1998. Opta, come già visto (cfr. *supra*, nota 32) per il *bilanciamento* e per la conseguente prevalenza del diritto alla libera manifestazione del pensiero in una vicenda diversa dalla negazione della *Shoah*, Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera*, cit.

Per una ricognizione puntuale della giurisprudenza di Strasburgo in tema di discorsi d’odio e di negazionismo si legga C. CARUSO, *L’hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quad. cost.*, 2017, n. 4, p. 963 s., secondo cui la manifesta propensione mostrata dalla Corte EDU per la risoluzione delle controversie tramite il prisma dell’art. 17 troverebbe causa nella stessa origine storica della CEDU, sorta come risposta al dominio in Europa del nazifascismo e, pertanto, inevitabilmente sensibile nei confronti di espressioni intrise di risentimento ed intolleranza.

<sup>72</sup> Per tale rilievo critico v. A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 123.

<sup>73</sup> Ancora A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 124 s.

<sup>74</sup> M. MANETTI, *Sub art. 21, Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 2006, p. 256.

mente sanzionabili, e forme di dissenso critico *motivato e ragionato*, perché argomentato e documentato, non punibili perché esercizio di un diritto<sup>75</sup>.

Un modello di bilanciamento che, ruotando attorno alla differenza che passa tra “discriminazione per l'altrui diversità” e “discriminazione per l'altrui comportamento”, non sarebbe capace, al pari del criterio solutorio che intenderebbe sostituire, di sottrarsi ad un duplice, e speculare, rilievo critico.

Infatti, se, per un verso, quello che abbiamo qualificato come bilanciamento “interno” avrebbe l'effetto di accomunare propaganda ed istigazione, rendendole *un unicum* in fase applicativa a dispetto delle diverse intenzioni del legislatore tradottesi in norma, allo stesso modo il recupero, per via analogica, delle acquisizioni provenienti dal diverso settore della tutela penale dell'onore individuale annichirebbe, dal canto suo, la distinzione tra *critica* e *propaganda*<sup>76</sup> (e tra *negazionismo-vilipendio* e *negazionismo-istigazione*), trascurando la circostanza che il transito dai *discorsi di odio* ai *crimini di odio* può aversi soltanto a fronte di una condotta che, contribuendo alla costruzione ed all'alimentazione dei pregiudizi, sia in grado di influenzare in modo significativo la percezione sociale di un determinato gruppo appartenente ad una comunità<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Emblematica del ricorso a tale meccanismo solutorio è Sez. I, 22 novembre 2012, n. 47894, cit., chiamata a decidere sul comportamento di un consigliere comunale della (allora) *Lega Nord* che, nel corso di un intervento in aula sulla proposta di concedere agevolazioni per l'accesso ai servizi socio-assistenziali per la prima infanzia a chi versasse in condizioni di disagio economico e sociale, aveva stigmatizzato il fatto che, in base al regolamento comunale, potessero essere riconosciuti sussidi in denaro anche agli zingari residenti nel territorio. Essendo questi ultimi “canaglie”, “assassini”, “pigri”, “vanitosi” e “aguzzini”, la sua proposta era quella di sottrarre di autorità i figli dei *rom* alle loro famiglie di origine – operando un vero e proprio “sequestro di Stato” – per spezzare la catena generazionale che avrebbe dato continuità alla loro “sedicente cultura” ed alle loro “discutibili tradizioni” e di affidarli a istituzioni pubbliche di sostegno all'infanzia abbandonata.

Dopo essere stato assolto in primo grado e condannato in appello, la Suprema Corte ha escluso che, nel caso in esame, ricorresse la scriminante della critica politica, essendo agevole cogliere nelle parole del consigliere la presenza di sentimenti di avversione e di tratti discriminatori. Infatti, le condotte criminose evocate erano sprovviste della benché minima prova e pertanto, difettando il requisito della *verità fattuale* dell'addebito, dovevano intendersi quali manifestazioni tangibili di un pregiudizio, consistente nel fatto che tutti gli zingari siano criminali e che facciano dunque parte di un'etnia inferiore, da allontanare.

Pur osteggiando il ricorso allo strumento penalistico, si mostra favorevole ad un meccanismo di bilanciamento *ad hoc* affidato al giudice in sede applicativa, anche A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, n. 3, p. 81.

<sup>76</sup> Di diverso avviso M. MANETTI, in A. PACE-M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna-Roma, 2006, p. 289, secondo la quale la condotta di chi diffonda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, seppur limitata dalla L. n. 85/2006 alla propaganda, consiste pur sempre in una *semplice manifestazione del pensiero*, incriminata a titolo di pericolo presunto.

<sup>77</sup> Così, ancora, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit. p. 73, che, tuttavia, rigetta la teoria della parola che si trasforma in azione (da cui il titolo sotto forma di interrogativo: le parole sono pietre?) e, come già accennato, mostra chiara avversione rispetto a quella che ritiene sia un'eccedenza della risposta penalistica dinanzi a fenomeni quali il razzismo, l'antisemitismo, il sessi-

D'altra parte, anche assumendo questa prospettiva, non sembra impresa meno proibitiva quella di fissare coordinate precise e di sicuro affidamento affinché, in sede di accertamento processuale, si riesca a tenere distinti i *fatti* dai *pregiudizi*, senza attingere a fattori extragiuridici di stampo ideologico-culturale, coincidenti con le personali inclinazioni di colui che è chiamato a valutarli.

Dinanzi a tale groviglio di difficoltà – ferma restando, nonostante una nutrita frangia di “oppositori”<sup>78</sup>, la rilevanza penale di tali condotte – sarebbe opportuno che il legislatore apportasse un nuovo *restyling* al testo di legge, con l'obiettivo di definire più compiutamente i rapporti tra propaganda ed istigazione, anche alla luce delle indicazioni tratte dal diritto vivente che, come rilevato, polarizza l'offesa attorno al momento istigatorio, anche ove si tratti di “sola” propaganda<sup>79</sup>. E che la giurisprudenza, in base a procedimenti di generalizzazione induttiva, riuscisse ad enucleare sotto classi di casi di pericolo concreto<sup>80</sup>, parametrare sulla qualifica del soggetto agente, sul luogo e sul modo con cui quel messaggio viene proiettato all'esterno nonché sullo strumento di comunicazione prescelto.

### 5. Considerazioni conclusive

Giunti all'esito della nostra indagine, non rimane che farsi carico di quello che potremmo definire, per usare un lessico processualistico che proietti metaforicamente l'art. 604 *bis* c.p. sul banco degli imputati, l'“addebito di sintesi” che viene mosso alla scelta di penalizzazione dei discorsi d'odio ed al più recente innesto dell'aggravante del negazionismo: saremmo dinanzi all'ennesimo prodotto della c.d.

smo, la xenofobia, l'omofobia, ravvisandovi il rischio tangibile di un ulteriore limite all'esercizio della libertà di manifestazione del proprio pensiero.

<sup>78</sup> Si unisce, da ultimo, al composito gruppo di “resistenti” rispetto all'opportunità di trattare tali comportamenti con lo strumento del diritto penale anche C. DEL BÒ, *Tollerare l'intollerabile. Il negazionismo tra etica e diritto*, in *www.disCrimen.it*, 28 luglio 2018, p. 8, il quale segnala come la conseguenza di tale scelta sarebbe quella di prendere sul serio gli autori, impedendo loro di scendere nel ridicolo, poiché il diritto di difesa dalla relativa imputazione verrebbe ben presto tramutato in un diritto di tribuna, per il cui tramite costoro avrebbero buon gioco a spacciarsi come martiri della libertà di espressione ed a servirsene come palcoscenico per dare risalto alle loro tesi farlocche. Se, in effetti, non si può negare che tale rischio vi sia, sembra, tuttavia, di poter dire che l'argomento prova troppo, trattandosi di eventualità insita in ogni reato di opinione e nello stesso delitto di diffamazione, ove la condotta si realizzi attraverso la parola. E ciò, come si sa, non ha impedito al diritto penale, a certe condizioni, di farsene carico.

<sup>79</sup> Considera, peraltro, l'omogeneità della risposta punitiva tra *dicere* (propaganda ed istigazione) e *facere* (commissione di atti di discriminazione) irragionevole e, dunque, in contrasto con l'art. 3 Cost., C. CARUSO, *Dignità degli “altri” e spazi di libertà degli “intolleranti”*, cit., pp. 809-810.

<sup>80</sup> Vi fa riferimento anche A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 157 s., il quale, tuttavia, non fa mistero di un certo scetticismo nel potere taumaturgico di tipologie casistiche che, per quanto costruite per *universalizzazione*, troverebbero comunque fondamento, essenzialmente, in giudizi valoriali, senza essere sorrette da verifiche empiriche.

legislazione penale *simbolica*, che si identifica, sia pure nella estrema variabilità degli accenti, con quella pletera di norme *superflue*, deputate ad assolvere a funzioni *espressivo-dimostrative* ed aventi uno scopo *meramente placativo* di allarmi sociali che andrebbero in altro modo contenuti, per cui ad un messaggio rassicurante di effettività della tutela corrisponderebbe, in realtà, la sua sostanziale *ineffettività*<sup>81</sup>.

Come è noto, tutt'altro che univoca si presenta la nozione di norma penale simbolica, che rivela una natura spiccatamente "*molteplice, cangiante e dunque più che mai polisensa*"<sup>82</sup>.

Ma, in questo specifico ambito, il "capo di imputazione" sembra riferirsi al carattere meramente *evocativo-emozionale* della norma incriminata (oltre che incriminatrice), a cui si coniugherebbe un'endemica *inadeguatezza* della sanzione a conseguire l'obiettivo di tutela e, dunque, una sua sostanziale inutilità. Da identiche manchevolezze sarebbe afflitta, per intuitive ragioni strutturali, anche la previsione di contrasto al negazionismo, benché la sua configurazione come circostanza aggravante, anziché come autonomo titolo di reato, varrebbe a mitigarne l'impatto.

Ed una "contestazione unitaria", che accorpa discorsi d'odio e negazionismo, merita una replica altrettanto indifferenziata, stante il comune sostrato disvaloriale che avvince i relativi fenomeni criminologici, anche a prescindere dal profilo attinente al loro inquadramento dogmatico.

Ebbene, al di là di una questione puramente terminologica, non debbono esservi, a mio parere, resistenze nel riconoscere alla disposizione in oggetto una dimensione *simbolica*, a condizione di non rinunciare ad una declinazione del simbolismo quale componente *fisiologica* della c.d. *prevenzione generale positiva*, in forza della quale il precetto penale sarebbe chiamato a svolgere, come è stato efficacemente

<sup>81</sup> Così, con estrema efficacia, C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 891. Registrandosi posizioni critiche nei confronti del diritto penale simbolico a partire dalla fine degli anni 80 del secolo scorso non ci si può che limitare a talune indicazioni bibliografiche di massima, tra cui: S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018; E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO-L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009, p. 201 s.; ID., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 491 s.; J.L. DIEZ RIPOLLES, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in L. STORTONI-L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano, 2004, p. 149 s.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, p. 54 s.; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 489 s.; A. MANNA, *Legislazione "simbolica" e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 217 s.; W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in B. SCHÜNE-MANN-H. ACHENBACH-W. BOTTKE-B. HAFKE-H.J. RUDOLPHI (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 2001, p. 1001 s.

<sup>82</sup> S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, cit., p. 39, il quale dedica 35 pagine (che constano di ben 512 aggettivi) della sua monografia alla sola enumerazione delle possibili accezioni con cui può essere ricostruito il significato del concetto di "simbolico".

precisato<sup>83</sup>, una funzione di *accreditamento* di regole sociali condivise, di diffusione di un messaggio “persuasivo”<sup>84</sup>, funzionale a coltivare obiettivi di orientamento culturale ed a conferire all’aggregazione sociale, di cui tutti e ciascuno sono nel contempo beneficiari e responsabili, una propria identità collettiva.

Assumendo questa prospettiva, non si vede come il diritto penale non debba far sentire la propria voce “stigmatizzante” di fatti che annichiliscono la dimensione stessa dell’essere umano, suscitando disapprovazione sociale e richiamando nel contempo l’attenzione dei consociati sull’*orizzonte assiologico* al quale il nostro ordinamento si conforma. Se *simbolo*, dunque, equivale ad assunzione, da parte dello Stato, di un impegno di tutela di valori che attingono l’ontologia della persona, esso va accolto di buon grado<sup>85</sup>, perché è soltanto accendendo i riflettori sull’*in sé* su cui si fonda la nostra democrazia (da questo punto di vista “protetta”<sup>86</sup> o “militante”<sup>87</sup>) che l’ordinamento può preservare “la propria dignità”<sup>88</sup>, veicolando un messaggio di calibrata sintesi tra diritti di libertà e doveri di rispetto dell’Altro, in quanto essere vivente<sup>89</sup>.

<sup>83</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 18. Sul tema, tra i molti, cfr. V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in *Scritti in onore di A. Stile*, Napoli, 2013, p. 15 s.; G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell’ipercomunicazione pulviscolare*, cit., p. 1046 (che cita C. MÖLLERS, *Die Möglichkeit der Normen*, Berlin, 2015, p. 172, sulla funzione svolta dalla pena quale *promemoria*, per la comunità sociale, dell’esistenza e del valore del precetto); ID., *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 75; G. DE VERO, *Prevenzione generale e “condanna dell’innocente”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1001 s.; ID., *L’incerto percorso e le prospettive di approdo dell’idea di prevenzione generale positiva*, *ivi*, 2002, p. 439 s.; W. HASSEMER, *Variationen der positiven Generalprävention*, in W. HASSEMER, *Strafem im Rechtsstaat*, Baden Baden, 2000, p. 199 s.; F. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scienziati*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 265 s.; L. EUSEBI, *La pena “in crisi”*. Il recente dibattito sulla funzione della pena, Brescia, 1990.

<sup>84</sup> G. DE VERO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2012, p. 193.

<sup>85</sup> Così, anche, A. PAGLIARO, *Verso un nuovo codice penale: itinerari, problemi, prospettive*, in *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008*, III, *Altri Scritti*, I, Milano, 2009, pp. 13 s. e 20. Coglie soltanto l’aspetto negativo del simbolismo, non essendovi, a suo parere, né necessità né utilità della pena sul piano della prevenzione generale e non potendosi ravvisare, sul piano della prevenzione speciale, alcun finalismo rieducativo, A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo*, cit., pp. 1014-1015.

<sup>86</sup> A. DI GIOVINE-G.F. FERRARI-N. OLIVETTI RASON, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005.

<sup>87</sup> Formula che risale a K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *Am. Polit. Sci. Rev.*, 1937, vol. 31, n. 3, pp. 417-432.

<sup>88</sup> G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell’ipercomunicazione pulviscolare*, cit., p. 1059.

<sup>89</sup> Parla della necessità di dotarsi di “occhi interni” e, cioè, di uno sguardo in grado di cogliere l’individualità altrui e, quindi, di rispettarla M.C. NUSSBAUM, *La nuova intolleranza. Superare la paura dell’Islam e vivere in una società più libera*, Milano, 2012, p. 69. Nello stesso senso, anche con riferimento alla “non inopportunità” di un presidio penalistico per far fronte ad un rinnovato, latente “neoidentitarismo” razzista, avente sapore di rivalsa, che si palesa sia nei comportamenti dei privati che in talune rozze ed irresponsabili manifestazioni di pensiero di figure istituzionali, F. BACCO, *Dalla dignità all’eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. cost.*, 2013, n. 4, pp. 841 e 843.



---

## HANNO COLLABORATO AL VOLUME

GIULIANO BALBI – Professore ordinario nell’Università della Campania  
“Luigi Vanvitelli”

ROBERTO BARTOLI – Professore ordinario nell’Università di Firenze

FABIO BASILE – Professore ordinario nell’Università di Milano

MARTA BERTOLINO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro  
Cuore di Milano

FILIPPO BELLAGAMBA – Professore associato nell’Università di Siena

FRANCESCO CALLARI – Dottore di ricerca nell’Università di Palermo

GIOVANNI CANZIO – Primo Presidente emerito della Suprema Corte di  
cassazione

ALBERTO CAPPELLINI – Dottorando di ricerca nell’Università di Firenze

GAETANO CARLIZZI – Giudice del Tribunale Militare di Roma

STEFANIA CARNEVALE – Professore associato nell’Università di Ferrara

MAURIZIO CATINO – Professore ordinario nell’Università di Milano-Bicocca

CRISTINA DE MAGLIE – Professore ordinario nell’Università di Pavia – Institute  
for Legal Research University of California, Berkeley School of Law

CORRADO DEL BÒ – Professore associato nell’Università di Milano

GIAN PAOLO DEMURO – Professore ordinario nell’Università di Sassari

RICHARD DUBÉ – Professeur agrégé nell’Università di Ottawa (Canada)

GIOVANNI FLORA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

MARGARIDA GARCIA – Professeure agrégée nell’Università di Ottawa (Canada)

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

GAETANO INSOLERA – Professore ordinario nell’Università di Bologna

MASSIMILIANO LANZI – Dottore di ricerca nell’Università di Parma

FRANCESCO MACRÌ – Dottore di ricerca nell'Università di Firenze  
GIORGIO MANIACI – Professore associato nell'Università di Palermo  
GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore nell'Università di Firenze  
DARIO MICHELETTI – Professore associato nell'Università di Siena  
GHERARDO MINICUCCI – Assegnista di ricerca nell'Università di Firenze  
CATERINA PAONESSA – Ricercatore nell'Università di Firenze  
MICHELE PAPA – Professore ordinario nell'Università di Firenze  
PIER FRANCESCO POLI – Assegnista di ricerca nell'Università di Milano  
LUCIA RISICATO – Professore ordinario nell'Università di Messina  
SERGIO SEMINARA – Professore ordinario nell'Università di Pavia  
MICHELE TARUFFO – Professore emerito nell'Università di Pavia  
ANDREA FRANCESCO TRIPODI – Ricercatore nell'Università di Macerata  
VICO VALENTINI – Professore associato nell'Università di Perugia  
ANTONIO VALLINI – Professore ordinario nell'Università di Pisa

---

## Criteria per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato direttivo di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni, i cui nominativi sono raccolti nella lista riportata di seguito. I Revisori ricevono, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Saranno pubblicati unicamente gli scritti valutati favorevolmente da due Revisori che li hanno giudicati l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Nel caso di pareri discordanti espressi dai due Revisori, il Direttore può richiedere una valutazione, sempre in forma anonima, a un terzo Revisore anche esterno, il cui giudizio sarà vincolante ai fini della pubblicazione o meno.
3. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni o a incontri pubblici ad essi assimilabili; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) gli scritti di studiosi di elevato e riconosciuto merito scientifico e di esperti di comprovata esperienza (es. professori emeriti o onorari; studiosi italiani e stranieri di chiara fama o similari).  
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata al parere positivo del Comitato di direzione.
4. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

## Revisori

Giuseppe Amarelli  
Giuliano Balbi  
Elio R. Belfiore  
Filippo Bellagamba  
Marta Bertolino  
Riccardo Borsari  
David Brunelli  
Marcello Busetto  
Alberto Cadoppi  
Alberto Camon  
Damiano Canale  
Carlotta Conti  
Cristiano Cupelli  
Francesco D'Alessandro  
Giampaolo Demuro  
Giulio De Simone  
Alberto De Vita  
Mariavaleria Del Tufo  
Alberto di Martino  
Vittorio Fanchiotti  
Giovanni Fiandaca  
Giovanni Flora  
Luigi Foffani  
Désirée Fondaroli  
Gabriele Fornasari  
Ignazio Giacona  
Roberto Guerrini  
Giulio Illuminati

Gaetano Insolera  
Sergio Lorusso  
Claudio Luzzati  
Stefano Manacorda  
Ferrando Mantovani  
Luca Marafioti  
Enrico Marzaduri  
Oliviero Mazza  
Nicola Mazzacuva  
Alessandro Melchionda  
Sergio Moccia  
Vito Mormando  
Vania Patanè  
Paolo Patrono  
Marco Pelissero  
Davide Petrini  
Nicola Pisani  
Tommaso Rafaraci  
Mario Ricciardi  
Lucia Risicato  
Mauro Ronco  
Placido Siracusano  
Luigi Stortoni  
Valeria Torre  
Giovanni Tuzet  
Paolo Veneziani  
Tiziana Vitarelli



Edizioni ETS

[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com) - [info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)

*Direttore*

Fausto Giunta

*Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie, Luciano Eusebi,  
Alberto Gargani, Fausto Giunta, Vincenzo Maiello, Marco Nicola Miletta,  
Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini,  
Francesca Ruggieri

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

**[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)**

Edizioni ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di settembre 2019