



## **BUGIE DI CARTA: UN ARGINE PENALE AL NEGAZIONISMO\***

di Nausica Palazzo\*\*

SOMMARIO 1. Introduzione. – 2. La diffusione del delitto di negazionismo sul piano comparato. – 3. La fattispecie di negazionismo in Italia. – 4. La giuridificazione della storia e della storiografia. – 5. Profili critici della sanzione penale: il giudizio di proporzionalità in senso lato. – 5.1. La legittimità dei fini. – 5.2. La connessione razionale tra i mezzi e i fini, le alternative alla sanzione penale e il giudizio di proporzionalità in senso stretto. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

### **1. Introduzione**

**I**l dibattito di giuristi, storici e studiosi di vario genere — del resto mai sopito — sul tema del negazionismo dimostra, per ampiezza e profondità, la centralità del tema nella definizione della base valoriale e nell'attuazione del patto costituzionale degli ordinamenti liberi.

Gli ordinamenti costituzionali contemporanei, consci del loro essere sistemi soggetti a processi autoimmunitari, in grado di rivolgersi contro se stessi, hanno avvertito sin dal momento costituente il problema della necessaria limitazione di alcuni diritti fondamentali in funzione di protezione dell'esistente (c.d. democrazie protette)<sup>1</sup>. Nel caotico contesto attuale, catturabile con molti aggettivi, tra cui «postmoderno», la paura di non riuscire a mantenere un'identità, una coscienza storica, di non «essere» più niente perché le polarità sono troppo distanti e forse devono essere semplicemente giustapposte, senza fare sintesi, porta alcuni ordinamenti ad attivare le disposizioni di protezione o a introdurne delle nuove. Per quanto atipiche, tra queste rientrano le fattispecie penali volte a punire la negazione dei crimini di genocidio.

\*Contributo sottoposto a *double blind peer review*

\*\* Dottoranda di ricerca in *Studi Giuridici Comparati ed Europei* presso Università degli Studi di Trento

<sup>1</sup> A tal proposito si può fare l'esempio dei limiti alle finalità (politiche) perseguibili dai partiti politici; limiti che Aldo Moro ebbe a definire «una cosa veramente pericolosa» nel suo intervento in sede di Assemblea Costituente del 22 maggio 1947.

E da qui si arriva a lambire un problema limitrofo: fino a che punto i sistemi connotati da un forte pluralismo sociale possano reggere un ulteriore sviluppo del processo di democratizzazione? Qual è verosimilmente il punto di rottura?

In anni relativamente recenti si è potuto assistere ad una duplice tendenza: una progressiva attrazione della memoria nell'alveo processo di costruzione di identità collettive, e un graduale tentativo di decostruire la storia "ufficiale".

Quanto al primo profilo, se ne possono rinvenire le origini nel fenomeno di "memory boom"<sup>3</sup>, nel crollo dei regimi autoritari e nella diffusione della cultura e dell'ideologia dei diritti umani<sup>4</sup>, con la conseguente nascita di rivendicazioni da parte delle vittime di genocidio. In particolare, il fenomeno di "memory boom", visibile in Europa specialmente in ambito accademico e a livello di opinione pubblica, culminante con l'introduzione di giornate della memoria, siti della memoria e una pletora di gesti simbolicamente commemorativi, è stato il frutto di pressioni ad un tempo politiche e tecnologiche. Politiche in quanto la società e le istituzioni hanno compreso la malleabilità del dato storico, e la opportunità di preservarlo al fine di proteggere un'identità di gruppo (coincidente con lo Stato-nazione, se operata dalle istituzioni governative). Tecnologiche in quanto le innovazioni sul piano, appunto, tecnologico hanno consentito la raccolta su vasta scala delle "voci della memoria", promuovendone a un tempo la diffusione e sacralizzazione: «There is a kind of laying on of hands in such encounters. The person who suffered knows about a mystery - the mystery of evil and the miracle of survival - and we who listen may thereby enter the mystery and share the miracle»<sup>5</sup>.

Sotto il secondo dei due profili citati, anche la ricerca storica è andata incontro a quel processo post-moderno di decostruzione che pare aver toccato la gran parte delle discipline, e, tra le tante, la letteratura, la filosofia cognitiva<sup>6</sup> — e da qui applicata agli studi di genere, razza, etc. Con tale processo si allude all'individuazione di incongruenze, vuoti e fratture volte a far implodere il concetto stesso di sistema, con la sua apparenza di coerenza e di unità. Le tecniche decostruttiviste ovviamente si prestano essere utilizzate in maniera e per scopi diversi. È pensabile ad esempio un loro impiego non ortodosso, nel senso di non sorretto da basi scientifiche, volto semplicemente a confutare aspetti di dettaglio per mettere in dubbio la struttura d'insieme.

<sup>2</sup> R.A. Dahl, *Dilemmas of Pluralist Democracy: Autonomy vs. Control*, New Heaven, CT, Yale University Press, 1983.

<sup>3</sup> *Ex multis*: J. Winter, 'The Generation of Memory. Reflections on the "Memory Boom"', in 'Contemporary Historical Studies', *Canadian Military History*, Vol. 10, n. 3, 2001, pp. 75-66; R. Ned Lebow, 'The Future of Memory', *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 617, n. 1, 2008, pp. 25-41; P. Lagrou, 'Europe as a Place for Common Memories? Some Thoughts on Victimhood, Identity and Emancipation from the Past', in M. Blaive - C. Gerbel - T. Lindenberger (Eds.), *Clashes in European Memory: The Case of Communist Repression and the Holocaust*, Innsbruck, Wien, Bozen, StudienVerlag, 2011, pp. 281- 288.

<sup>4</sup> L. Cajani, 'La storia nel mirino del diritto penale', *Dpceonline*, n. 1/2016, p. 1.

<sup>5</sup> J. Winter, 'The Generation of Memory: Reflections on the "Memory Boom" in Contemporary Historical Studies', *Archives & Social Studies*, Vol. 1, no. 0, 2007, p. 373.

<sup>6</sup> Il decostruttivismo, inteso come corrente del pensiero filosofico occidentale, affonda le sue radici nel lavoro di Jacques Derrida.

La storia non è dunque immune da decostruzione; anch'essa è stata vittima dell'incontrollata divulgazione di idee, spesso false, orripilanti, "immorali", odiose. Con il neologismo "negazionismo" si allude alla corrente di pensiero di (autoproclamati) storici revisionisti che a partire dagli anni Sessanta cominciarono a porre in dubbio la narrazione "egemonica" circa la deportazione e lo sterminio degli ebrei, e, in ultimo, lo stesso verificarsi di tali eventi storici<sup>7</sup>. Il negazionismo si distingue nettamente dal revisionismo in quanto quest'ultimo, e solo quest'ultimo, mostra sforzi di ricostruzione analitica della storia<sup>8</sup>. Al contrario, i negazionismi procedono "a dispetto del" dato, mediante un metodo facilmente liquidabile come antistorico e antiscientifico<sup>9</sup>. Rientrano nella categoria lavori quali "La truffa dei sei milioni" ("The Six Millions Swindle"<sup>10</sup>), in cui l'autore revoca in dubbio il numero di morti durante la Shoah; i lavori tesi a demitizzare il "mito" di Auschwitz<sup>11</sup>; o ancora a descrivere le camere a gas come luogo adibito all'eliminazione dei pidocchi, non già degli uomini<sup>12</sup>.

Eppure la diffusione di idee eterodosse è risultata essere il frutto dell'esercizio di un diritto di cui le democrazie libere hanno fatto il proprio fiore all'occhiello. Ed è proprio questo contrasto tra condotta penalmente rilevante e (scriminante dell') esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato a rendere la questione estremamente delicata e di difficile soluzione. La partita, come dimostra efficacemente la giurisprudenza delle corti nazionali e sopranazionali in materia, continua a giocarsi proprio lungo il crinale di una simile distinzione.

Il presente scritto intende dunque ripercorrere i principali interventi normativi in tema di negazionismo in Europa, e, in particolare, la neo introdotta aggravante "italiana"; analizzare alcuni profili critici connessi alla giuridificazione della storiografia e alla penalizzazione del negazionismo — due piani, quelli della giuridificazione e penalizzazione, da tenere distinti e da affrontare nell'ordine dato. Infine, si proverà ad immaginare un ipotetico vaglio di proporzionalità da parte della Corte di Giustizia della normativa italiana, per verificare la compatibilità con i principi a tutela della libertà di espressione.

## 2. La diffusione del delitto di negazionismo sul piano comparato

<sup>7</sup> Il termine appare per la prima volta nel lavoro di H. Rousso, *Le Syndrome de Vichy: De 1944 à nos jours*, Parigi 1987, p. 166.

<sup>8</sup> C. Caruso, 'Tolleranza per gli intolleranti? Una ragionevole apologia della libertà di espressione', *Dpce online*, n. 1, 2016, p. 101. Secondo l'A., infatti, «La negazione di fatti di genocidio storicamente accertati, infatti, non risponde ad alcun intento scientifico, perché non mira a rivedere verità storiche consolidate secondo regole storiografiche. Il negazionismo, infatti, va tenuto distinto dall'ordinario revisionismo, quale «tendenza storiografica a rivedere le opinioni storiche consolidate, alla luce di nuovi dati e delle nuove conoscenze acquisite nel corso della ricerca, con il risultato di operare una reinterpretazione e una riscrittura della storia». Le narrazioni negazioniste oltrepassano l'analitica ricostruzione scientifica per esprimere opinioni mascherate da inattendibili giudizi di fatto».

<sup>9</sup> M. Flores, Revisionismo storiografico, in *Treccani.it - Enciclopedia Italiana*, VII Appendice, 2007.

<sup>10</sup> J. App Austin, *The Six Million Swindle: Blackmailing the German People For Hard Marks With Fabricated Corpses*, Takoma Park, MD, Boniface Press, 1976.

<sup>11</sup> D. Irving (Ed.), *The Leuchter Report: Auschwitz: The End of the Line: The First Forensic Examination of Auschwitz*, Focal Point Edition, 1989.

<sup>12</sup> Una descrizione dei principali testi negazionisti è rinvenibile in R.S. Wistrich, *Holocaust Denial: The Politics of Perfidy*, Berlin, Walter de Gruyter, 2012.

La Corte d'Appello di Parigi nel 1865, in una controversia riguardante il libro "La Route de Varennes" di Dumas, aveva a dichiarare che «non esiste verità che lo storico non abbia il diritto di dire; che tutti gli avvenimenti della vita pubblica rientrano nel suo dominio»<sup>13</sup>. Non è difficile immaginare quanto in anni recenti ci si sia allontanati da un simile approccio.

A seguito della celebrazione del processo di Norimberga si è assistito al (ri) fiorire<sup>14</sup> di una moltitudine di plessi normativi finalizzati a consegnare una versione ufficiale, statica, talvolta nazionalizzata di ciò che è storia.

In via di prima approssimazione si può notare come i Paesi europei abbiano accolto in larga parte il modello della rilevanza penale delle fattispecie negazioniste<sup>15</sup>, a fronte della scelta degli ordinamenti statunitense e canadese di privilegiare le soluzioni in campo civile e amministrativo (si ricordi a tal proposito la *litigation* scaturita dal Civil Rights Act negli Stati Uniti). In aggiunta, lo standard maggiormente stingente di scrutinio in tema di limitazioni all'*hate speech* fa sì che negli Stati Uniti la soluzione privilegiata sia piuttosto quella di combattere il discorso dell'odio attraverso una maggiore libertà di parola, con l'intento di emarginare le tesi negazioniste<sup>16</sup>.

In via di seconda approssimazione, la divergenza tra le due famiglie giuridiche, e l'approccio maggiormente paternalistico dei Paesi di *civil law*, oltre ad avere radici che affondano nelle differenti tradizioni giuridiche dei due macrosistemi, è dovuto alla prossimità geografica dei crimini commessi durante la seconda guerra mondiale. La punizione del negazionismo è stata infatti vissuta da taluni Paesi, resisi complici della perpetrazione dei crimini, quale forma di espiazione dei riprovevoli fatti del passato<sup>17</sup>, oltre che come un tentativo di arginare i numerosi gruppi neonazisti presenti sul territorio, in grado di minacciare la sopravvivenza stessa delle democrazie libere sorte dalle ceneri della guerra.

La prima di tali leggi fu approvata in Germania nel 1985<sup>18</sup>, cui seguì Israele nel 1986<sup>19</sup>, e ancora la Francia con l'approvazione della nota *loi Gayssot*<sup>20</sup>. Il caso francese è di estremo interesse per il vivace dibattito che

<sup>13</sup> App. Paris, 26 aprile 1865, in S., 1865, p. 289, riportata in G. Resta - V. Zeno Zencovich, 'La storia giuridificata' in G. Resta e V. Zeno Zencovich (cur.), *Riparare. Risarcire. Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

<sup>14</sup> La "drammaturgia" della storia di parte (quella del vincitore ovviamente) ha origini ben più antiche: F. Cortese, 'Memoria e diritto. Contributo per un approccio non necessariamente centripeto (tra storia, giustizia e letteratura)', *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2/2012, 2013, p. 19-45.

<sup>15</sup> R. Kiska, 'Hate Speech: A Comparison Between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence', *Regent University Law Review*, Vol. 25, 2013, pp. 107, 138.

<sup>16</sup> J.C. Knechtle, 'Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union', *Florida State University Law Review*, Vol. 36, 2008, pp. 41, 55.

<sup>17</sup> R.W. Smith, 'Legislating Against Genocide Denials: Criminalizing Denial or Preventing Free Speech?', *University of St. Thomas journal of law & public policy*, Vol. 4, 2009-2010, p. 134.

<sup>18</sup> Bundesrepublik Deutschland, Strafgesetzbuch, § 130.

<sup>19</sup> Denial of Holocaust (Prohibition) Law, 5746-1986, art. 2, approvata dalla Knesset il 1 Tammuz 5746 (8.7.1986).

<sup>20</sup> Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe. L'art. 9, che va a modificare l'art. 24 *bis* della Legge sulla libertà di stampa, punisce chiunque contesti (anche mediante immagini o discorsi pubblici) la Shoah, e nella specie «l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres

accompagnò l'introduzione della legge e per il successivo proliferare di *loi memorielles*<sup>21</sup>: la legge sul genocidio armeno<sup>22</sup>, la legge sulla tratta degli schiavi<sup>23</sup>, e infine la legge sulle colonie francesi, nota come *loi Makachera*<sup>24</sup>. Tra tutte forse proprio l'ultima delle *loi memorielles* fu la più contestata<sup>25</sup>, nel suo intento di limitare la libertà d'insegnamento attraverso l'imposizione di una versione storica che riconoscesse il ruolo positivo svolto dalla Francia nelle ex colonie. Ai sensi del primo alinea del comma secondo dell'art. 4 della *loi Makachera*, infatti: «Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit». La disposizione, mirando ad imporre un contenuto specifico all'insegnamento della storia nelle istituzioni scolastiche, è stata successivamente riconosciuta incompatibile con la Costituzione francese dal *Conseil constitutionnel*<sup>26</sup>. È proprio il fiorire di *loi memorielles* a mostrarsi come un avveramento del timore espresso da molti storici, secondo cui la ricerca storica mal tollera l'autorità dello Stato<sup>27</sup>.

La legge francese appartiene al novero di Paesi tendenti a punire la sola “negazione”, seppur il lemma utilizzato in Francia, “contester”, abbia una latitudine semantica evidentemente più ampia di “nier”. Ad ogni modo, le leggi austriaca<sup>28</sup>, tedesca e belga<sup>29</sup> aggiunsero ulteriori tipologie di condotta materiale tipica, sempre riconducibili ai soli crimini nazisti, quali: la giustificazione, la minimizzazione grossolana o l'approvazione di tali crimini. Si noti a tal proposito che in Germania le condotte tendono in parte a sovrapporsi se si considera che la minimizzazione, senza contestuale negazione o approvazione, non supera nell'interpretazione dei giudici la soglia del penalmente rilevante<sup>30</sup>. Inoltre, è da condividersi il tentativo del legislatore tedesco di restringere l'ambito della punibilità alle sole condotte in grado di turbare la pace pubblica, da intendersi tanto in senso oggettivo (sicurezza pubblica) quanto soggettivo (sentimento di

---

du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du dit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale».

<sup>21</sup> Sui limiti delle leggi memoriali v. per tutti: A. Pugiotto, ‘Quando (e perché) la memoria si fa legge’, *Quaderni costituzionali*, n. 1/2009, pp. 7 ss.

<sup>22</sup> Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915.

<sup>23</sup> Loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance, par la France, de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité.

<sup>24</sup> Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

<sup>25</sup> In proposito, si veda l'appello degli storici Claude Liauzu, Gilbert Meynier, Gérard Noiriel, Frédéric Régent, Trinh Van Thao e Lucette Valensi: ‘Colonisation: non à l'enseignement d'une histoire officielle’, *Le Monde*, 25.3.2005.

<sup>26</sup> Conseil Constitutionnel, Décision n° 2006-203 L du 31 janvier 2006.

<sup>27</sup> Tra tutti si veda: M. Rebérioux, ‘Le Génocide, le juge et l'historien’, *L'Histoire*, n. 138, 1990, pp. 92-94.

<sup>28</sup> Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Verbotsgesetz geändert wird (Verbotsgesetz-Novelle 1992), in ‘Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich’, 19.3.1992.

<sup>29</sup> Loi tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, 23.03.1995.

<sup>30</sup> P. Lobba, ‘La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona: Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo’, [ius17@unibo.it](mailto:ius17@unibo.it), n. 3/2011, p. 142.

sicurezza dei cittadini), e, secondo l'interpretazione dominante, quale clausola di pericolo concreto (o al più astratto-concreto)<sup>31</sup>.

La Svizzera ampliò invece il perimetro della norma al punto da far sì che tali atti di negazione, minimizzazione grossolana o giustificazione potessero riguardare tutti i genocidi e crimini contro l'umanità<sup>32</sup>, incluso il genocidio armeno, non ancora formalmente riconosciuto da alcun tribunale internazionale. Assieme alla Spagna e al Portogallo, la Svizzera si colloca nella c.d. seconda ondata di penalizzazione, mirante a coprire i crimini di genocidio *tout court*. Appartengono a tale stadio anche Repubblica ceca, Polonia e Ungheria, i cui codici penali introdussero il reato di negazione dei crimini commessi dal regime comunista<sup>33</sup>.

La varietà di soluzioni adottate consente un'ulteriore classificazione, sulla scorta del bene giuridico oggetto di protezione. Ad esempio, mentre in Germania tale risulta essere l'ordine pubblico, il modello francese si basa sulla protezione della dignità umana<sup>34</sup>.

Le scelte legislative possono, in sintesi, distinguersi a seconda: 1. del bene giuridico oggetto di protezione; 2. della tipologia di crimine negato (con copertura progressiva, oltre all'originario negazionismo olocaustico, della negazione degli altri genocidi e crimini contro l'umanità); 3. del tipo di condotta materiale tipica (con copertura progressiva, oltre all'originaria condotta di negazione, delle condotte di giustificazione, minimizzazione grossolana o approvazione).

Con il passare del tempo si assiste dunque al consolidamento del modello europeo della rilevanza penale del negazionismo e ad un contemporaneo ampliamento della sfera del penalmente rilevante, sia sotto il profilo temporale che spaziale, ed al di là dell'originaria unicità del paradigma della Shoah<sup>35</sup>.

Anche le organizzazioni sopranazionali cominciarono a mostrare un interessamento crescente verso il tema, rinunciando all'originale impianto funzionalista dell'ordinamento per ergersi al ruolo di sentinelle dei valori e della comune identità europea. Dopo l'introduzione di un'Azione comune<sup>36</sup> nel 1996 da parte dell'Unione, al fine di promuovere la cooperazione giudiziaria fra Stati membri in materia di contrasto ai reati di stampo razzista e xenofobo, nel 2008 fu la volta della Decisione-quadro sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia della Commissione europea<sup>37</sup>.

La Decisione, nel suo intento di promuovere l'omogeneizzazione legislativa in materia negazionista, si fa promotrice dello strumento penale in caso di: a) *istigazione pubblica alla violenza o all'odio*, nei confronti di un

<sup>31</sup> BGH 1. Strafsenat, 1StR 184/00, 12 dicembre 2000.

<sup>32</sup> Loi fédéral 18.6.1993, in vigore dal 1.1.1995.

<sup>33</sup> G. Teruel Lozano, 'Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata', *Rivista AIC*, n. 2/2014, pp. 18 e ss.

<sup>34</sup> G. Della Morte, 'L'introduzione del reato di negazionismo in Italia. Una prospettiva critica alla luce dell'ordinamento internazionale', *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2014, p. 1192-1193.

<sup>35</sup> R. Gordon, *Scolpitelo nei cuori. L'Olocausto nella cultura italiana*, Torino, Bollati Boringhieri, 2013.

<sup>36</sup> Azione comune del 15 luglio 1996 adottata dal Consiglio a norma dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, nell'ambito dell'azione intesa a combattere il razzismo e la xenofobia (96/443/GAI), in "Gazzetta ufficiale delle Comunità europee", 24.7.1996, L185, pp. 5-7.

<sup>37</sup> Proposta di decisione-quadro del Consiglio sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia, GUCE 26.3.2002, C 75 E, pp. 269-273. Su cui si veda: P. Lobba, 'L'espansione del reato di negazionismo in Europa: dalla protezione dell'Olocausto a quella di tutti i crimini internazionali. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI', *Ius17@unibo.it*, n. 3/2011, p. 17 ss.

gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica; b) perpetrazione di uno degli atti di cui al punto precedente mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale; c) *apologia, negazione o minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra*, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo tale da istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro; d) *apologia, negazione o minimizzazione* dei crimini di cui al punto precedente riguardanti la Shoah.

In risposta alla crescente preoccupazione espressa dagli Stati membri, la Decisione introduce all'art. 7 par. 1 una clausola di salvaguardia "generale", in base alla quale:

«2. La presente decisione quadro *non ha l'effetto di imporre* agli Stati membri di prendere misure che siano in contrasto con i principi fondamentali riguardanti la libertà di associazione e la libertà di espressione, in particolare la libertà di stampa e la libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione, quali risultano dalle tradizioni costituzionali o dalle norme che disciplinano i diritti e le responsabilità della stampa o di altri mezzi di comunicazione, nonché le relative garanzie procedurali, quando tali norme riguardano la determinazione o la limitazione della responsabilità».

Se da una parte la clausola pare ritagliare un rilevante spazio di manovra in favore degli Stati, dall'altra non bisogna dimenticare che «i principi fondamentali riguardanti la libertà di associazione e la libertà di espressione» in questione siano i principi fondamentali dello stesso ordinamento europeo, così come sanciti nella Carta di Nizza e nella CEDU (*ex art. 6 TUE*) e sedimentati dalla Corte di Giustizia dell'Unione (in applicazione della c.d. dottrina *Melloni*).

Sono poi previste due ulteriori clausole di salvaguardia, ora "specifiche", per restringere la portata applicativa della disciplina interna. L'art. 1, par. 2 consente agli Stati membri di sanzionare le sole condotte idonee ad attentare all'ordine pubblico, ovvero le condotte minacciose, offensive o diffamatorie (trattasi, dunque, di una clausola di pericolo); mentre, il quarto paragrafo dell'articolo consente di inserire una clausola che subordini l'integrazione della fattispecie all'emanazione di una sentenza definitiva di accertamento del crimine "negato" da parte di una corte nazionale e/o internazionale. Non la negazione di un qualsivoglia crimine sarebbe in tal caso punita, ma dei soli crimini di genocidio, di guerra o contro l'umanità accertati da un tribunale nazionale ovvero internazionale.

La Decisione, da più parti criticata, conterrebbe invero alcuni termini eccessivamente vaghi e scarsamente selettivi. Non è chiaro ad esempio cosa si intenda per "minimizzazione grossolana": può costituire una minimizzazione grossolana la contestazione del numero delle vittime? In caso affermativo, non è forse questo uno dei campi su cui la ricerca storica ha il dovere di gettare luce e dibattere? In aggiunta, come si concilia la clausola del par. 2 dell'art. 1, volta a punire le condotte offensive e diffamatorie, con il pericolo concreto che le condotte incitino alla violenza di cui alle lettere c) e d) del par. 1? Lungi dal limitare la sfera

del penalmente rilevante, non sono forse questi requisiti meno stringenti<sup>38</sup>? È problematico, inoltre, l'accostamento che la Decisione sembra operare tra due ipotesi affatto diverse: la negazione di un fatto storico e la negazione dell'interpretazione e definizione giuridica che di tale fatto storico i ricercatori sono chiamati a fornire<sup>39</sup>.

### 3. La fattispecie di negazionismo in Italia

In risposta alle crescenti pressioni delle istituzioni europee, anche l'Italia ha optato per l'introduzione di una sanzione penale per la repressione delle condotte negazioniste. La scelta è in realtà caduta su di una penalizzazione morbida, nel senso che, anziché introdurre un'autonoma figura di reato, modificando l'art. 414 del codice penale, come previsto dal disegno di legge 54-B approvato dal Senato l'11 febbraio 2015 e modificato dalla Camera il 13 ottobre 2015, si è preferito optare per una circostanza aggravante (*accidentale delicti*). Ne consegue che il giudizio di selettività penalistica è ad ogni modo operato entro i confini dell'offesa agli interessi lesi dalla condotta di propaganda o istigazione<sup>40</sup>.

La legge n. 115/2016 introduce un'aggravante speciale per il tramite di un nuovo comma (3 *bis*) all'art. 3 della Legge n. 654/1975, di ratifica ed esecuzione della Convenzione contro il razzismo<sup>41</sup> (c.d. Legge Mancino). La Legge n. 654/1975 punisce: la propaganda razzista (chiunque «diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico»), l'istigazione alla discriminazione razziale (chiunque «incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»), ovvero l'incitamento alla violenza per motivi razziali (chiunque «in qualsiasi modo incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»). La nuova fattispecie aggravata (plurioffensiva) prevede ora un inasprimento della pena della reclusione, da due a sei anni, se la propaganda (art. 3, co. 1, l. a)), l'istigazione (art. 3, co. 1, l. b)) o l'incitamento (art. 3, co. 3) si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale.

Si tratta in sintesi di un'aggravante speciale, oggettiva, atipica e indipendente<sup>42</sup> applicabile ai fatti base della legge Mancino. Esistono diverse gradazioni all'interno della disciplina italiana, nessuna delle quali prevede un pericolo concreto del verificarsi dell'evento lesivo. I fatti base di propaganda, istigazione e incitamento,

<sup>38</sup> S. Gorton, 'The Uncertain Future of Genocide Denial Laws in the European Union', *George Washington International Law Review*, Vol. 47, 2015, p. 436.

<sup>39</sup> L. Cajani, 'La storia nel mirino del diritto penale', cit., p. 12.

<sup>40</sup> D. Pulitanò, 'Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio', *Diritto penale contemporaneo* ([www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)), 16.03.2015, p. 1, 5.

<sup>41</sup> Legge n. 115 del 2016 (progetto di legge n. 2874-B, prima firmataria la Sen. Silvana Amati), rubricata "Modifiche all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale".

<sup>42</sup> G. Puglisi, 'A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica', *Diritto penale contemporaneo* ([www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)), 15.07.2016, p. 2.



aggravati per l'aver commesso il fatto negando uno dei crimini di genocidio elencati, sono punibili se dalla condotta derivi un pericolo di diffusione, che è cosa ben diversa dal pericolo concreto del verificarsi dell'evento lesivo. La portata della norma è per questa via ristretta ai soli fatti di propaganda, istigazione e incitamento idonei a diffondersi, al di fuori quindi dei soli casi di "opinione personale", non destinati alla circolazione tra un più vasto uditorio.

Può affermarsi, dunque, che in Italia il reato di genocidio non abbia "necessariamente" una componente istigatoria, con tutti i problemi di compatibilità costituzionale e con il diritto europeo di cui si dirà. Per contro, la scelta di introdurre un'aggravante impone di rintracciare tutti gli elementi costitutivi del fatto base (più gli elementi dell'aggravante, che si pone necessariamente in rapporto di specie a genere rispetto al primo). Ne deriva la possibilità di escludere la punibilità di tutti quei fatti che, pur traducendosi nella negazione della Shoah ovvero dei crimini genocidiari di cui allo Statuto, cionondimeno non risultano fondate su un'idea di superiorità razziale o etnica, ovvero sull'odio razziale o etnico (nego, ad es., che gli ebrei siano stati sterminati nei campi di concentramento, senza tuttavia sostenere alcuna idea di superiorità della razza ariana). È assai difficile immaginare una dissociazione del genere, eppure la legge la rende virtualmente possibile.

Tornando al piano del *drafting* legislativo, le condotte di cui sopra devono essere commesse «in modo che [da tale manifestazione] derivi concreto pericolo di diffusione». L'avverbio «pubblicamente», dopo aver dato adito a un vivace dibattito in aula, mirante a scongiurare l'impunità di condotte discriminatorie commesse in luogo privato, è stato infine espunto.

Il riferimento ai crimini di genocidio, guerra e contro l'umanità, così come definiti dallo Statuto della Corte Penale Internazionale (articoli 6, 7, e 8), è da accogliere favorevolmente se si considera la dovizia di particolari con cui tali crimini sono definiti all'interno dello strumento statutario (mediante elenchi tassativi di condotte-tipo). L'euforia va via via mitigandosi se, però, si scorre l'elenco di condotte-tipo. Il reato di negazionismo sarebbe integrato negando anche una sola delle condotte che identificano i crimini di guerra/contro l'umanità/di genocidio, e perciò anche in caso di negazione di condotte quali: «iv) distruzione ed appropriazione di beni, non giustificate da necessita militari e compiute su larga scala illegalmente ed arbitrariamente; v) costringere un prigioniero di guerra o altra persona protetta a prestare servizio nelle forze armate di una potenza nemica; vi) privare volontariamente un prigioniero di guerra o altra persona protetta del suo diritto ad un equo e regolare processo» (per i crimini di guerra) ovvero «k) Altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale» (per i crimini contro l'umanità). L'elenco è dunque piuttosto ampio, ricomprendendo condotte connotate da disvalore assai variabile<sup>43</sup>. Nel caso dei crimini contro l'umanità, la disposizione statutaria sconta altresì un difetto di precisione.

Infine, non è stata esercitata l'opzione di cui all'art. 1, par. 4 della Decisione (circoscrivere i crimini in base all'esistenza o meno di una pronuncia definitiva di un tribunale nazionale o internazionale). La scelta è da

<sup>43</sup> In tal senso v anche: G. Della Morte, 'Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: Tre argomenti per una critica severa', *SIDIBlog*, 22.06.2016.

condividersi. Infatti, il riferimento ai crimini, sì come accertati dal Tribunale di Norimberga, non può non lasciare perplessi, se si considera che in tale occasione il Tribunale non accertò i fatti genocidiari compiuti dai nazisti bensì i soli crimini di guerra. Mentre il generico riferimento all'accertamento da parte di un tribunale internazionale (operato tra l'altro in *Perinçek D*)<sup>44</sup> impedisce l'inclusione di genocidi, quale quello armeno, occorsi prima dell'entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite sui crimini di genocidio o per altre ragioni privi di un riconoscimento giurisdizionale di livello internazionale<sup>45</sup>. Inoltre sposta il baricentro della selezione del fatto genocidiario dalla storia al processo, con tutti i problemi da ciò derivanti, su cui vi sarà modo di soffermarsi.

#### 4. La giuridificazione della storia e della storiografia

Il negazionismo può assumere o meno rilevanza giuridica all'interno di un ordinamento. La giuridificazione (*Ver-rechtlichung*)<sup>46</sup> è quel processo attraverso il quale si sottopongono condotte umane, in precedenza libere o rimesse alle convenzioni sociali, a regole formali.

Seppur fortemente correlati, conviene distinguere tra giuridificazione della storia, come insieme di eventi storici fonte, ad esempio, di obbligazioni di risarcimento o riparazione nei confronti delle vittime, e giuridificazione della storiografia, come processo interpretativo degli eventi storici<sup>47</sup>.

Per chiarire meglio la distinzione: le leggi memoriali francesi rientrano nella prima categoria<sup>48</sup>, trattandosi di leggi che si propongono di cristallizzare una versione ufficiale dell'accaduto. La cristallizzazione può avvenire, ad esempio, mettendo all'indice alcuni libri revisionistici, impartendo una certa educazione storica nelle scuole, o istituendo giornate dedicate alla memoria del fatto storico. La seconda delle due categorie copre invece le condotte degli interpreti della storia che, a qualsiasi titolo, si spingano a criticare la versione accettata o ne forniscano una alternativa. È precisamente nel secondo dei due campi semantici che qui ci si muove.

Si può dunque attribuire alla condotta in questione una rilevanza all'interno dell'ordinamento senza tuttavia riconoscerne una rilevanza altresì penale. Indipendentemente da che ciò avvenga, possono sorgere alcuni inconvenienti che derivano dalla natura stessa della ricerca storiografica, che mal si presta ad essere catturata dalla dimensione del giuridico. Le considerazioni che seguono valgono di conseguenza sia in caso di processo penale che civile, oltre nel caso in cui ci si trovi al cospetto di un tribunale della memoria (v. *infra* par. 5.2.).

<sup>44</sup> F. Cortese, 'Che cosa ci insegna il caso Perinçek?', *Dpceonline*, n. 1/2016, p. 8.

<sup>45</sup> R.W. Smith, 'Legislating Against Genocide Denials: Criminalizing Denial or Preventing Free Speech?', cit., p. 132.

<sup>46</sup> G. Alpa, 'Diritto e giuridificazione', in M. Costanza (cur.), *Oltre il diritto*, Padova, Cedam, 1994, p. 177 ss.

<sup>47</sup> G. Resta - V. Zeno Zencovich, 'La storia giuridificata', in G. Resta e V. Zeno Zencovich (cur.), *Riparare. Risarcire. Ricordare.*, cit., p. 14-15.

<sup>48</sup> La sola *loi Gayssot* è stata accompagnata dall'introduzione anche di sanzioni penali. In genere, in Francia, le leggi memoriali non contengono disposizioni penali.

Dubbi sorgono innanzitutto sulla capacità del giurista pratico di cogliere in profondità la portata della storia, quantomeno in misura pari ad uno storico di professione. Se è ad esempio non il contenuto della ricerca ma la metodologia adottata ad essere posta in discussione, in quanto (quest'ultima e solo quest'ultima) fonte attributiva di responsabilità, il giurista non è nella posizione migliore per compiere un giudizio di attendibilità scientifica della metodologia adottata. Considerazioni affatto simili valgono rispetto al contenuto della ricerca.

Ancor più incisiva è la critica di quanti sostengono l'implausibilità della relazione tra «l'astratta immutabilità della statuizione penale e la costante evoluzione della ricerca storica»<sup>49</sup>, che ben si presta a ribaltamenti di precedenti interpretazioni, a differenza del giudicato (quanto detto vale evidentemente anche per il giudicato civile). Oltre all'immutabilità di quest'ultimo, una differenza di primo rilievo riguarda la naturale tensione del giudicato a catturare un pezzo di verità processuale, filtrandolo attraverso le norme di procedura che governano l'assunzione della prova e l'emanazione della sentenza finale. Si tratta dunque di limiti di carattere "cognitivo", derivanti dallo specifico metodo euristico adottato, ma anche temporale, poiché la *res* "deve" diventare *judicata*<sup>50</sup>. Un'ulteriore divergenza, ora di carattere finalistico, emerge allorché si considera che il processo è finalizzato all'attribuzione di responsabilità nei confronti di soggetti determinati. L'organo giudicante, conseguentemente, è interessato ai soli fatti *sub iudice* e non ad un'astratta verità storica. Infine, la verità scaturente dal processo è quanto mai delimitata, definitiva e singolare, a differenza del frutto della ricerca dello storico, che tende per sua natura alla pluralità e alla inesauribilità, in quanto oggetto perennemente esposto a successive rielaborazioni<sup>51</sup>.

Un'ulteriore nodo riguarda il processo di selezione di ciò che è «memoria» ai fini che interessano. Al di là della polisemia del termine, neppure è chiaro se questa sia ascrivibile al singolo individuo ovvero ad una comunità, e se possa essere trasferita con successo dall'individuo alla collettività, per l'inevitabile trasmutazione che subirebbe<sup>52</sup>.

Poi, la memoria di quali eventi tutelare? Non è forse essenziale stabilire i criteri di selezione, e non rischiano in quanto selettivi tali criteri di discriminare ingiustamente alcuni eventi storici? È preferibile ancorare tali criteri al principio di maggioranza (ciò che pensano i più) ovvero al principio di minoranza al fine di tutelare la dignità delle vittime che manifestino tale esigenza di tutela<sup>53</sup>? Forse proprio la sentenza *Perinçek I* mostra con nitidezza quanto alto possa essere il costo di tale selezione.<sup>54</sup> Si ricordi che la Corte nel caso di specie operava una ardua distinzione tra Shoah e genocidio armeno al fine di escludere quest'ultimo dal perimetro applicativo dell'art. 17 CEDU. La distinzione è "ardua" in almeno due sensi. In un primo senso, si profila la necessità di rintracciare differenze strutturali di carattere temporale e spaziale tra i due tipi di genocidio,

<sup>49</sup> G. Resta - V. Zeno Zencovich, 'La storia giuridificata', in G. Resta e V. Zeno Zencovich (cur.), *Riparare. Risarcire. Ricordare.*, cit., p. 36.

<sup>50</sup> M. Damaska, 'L'incerta identità delle Corti penali internazionali', *Criminalia*, 2006, p. 17.

<sup>51</sup> E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2012, p. 96.

<sup>52</sup> J. Le Goff, 'Mémoire', in *Id.*, *Historie et mémoire*, Parigi, Gallimard, 1988, p. 170.

<sup>53</sup> A. Pugiotto, 'Quando (e perché) la memoria si fa legge', cit., p. 19-21.

<sup>54</sup> G. Borgna, 'Il genocidio armeno (non) passa in giudicato: in margine al caso Perinçek', *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 699 ss.

certo possibile ma non facile, abbisognando di una compiuta disamina sulla vicinanza spaziale dell'Olocausto e sull'assottigliamento della necessità, ora sul piano temporale, di tutelare la memoria di fatti lontani nel tempo, come il Grande Male armeno (*medz yeghern*)<sup>55</sup>. In un secondo senso, se è vero che la proibizione del “negazionismo olocaustico” ha alla sua base il riconoscimento del potenziale sovversivo di simili condotte («connotating an antidemocratic ideology», come sostenuto dalla Grande Camera in *Perinçek II*), è parimenti vero che la distinzione tra vittime e vittime rischia di generare ulteriori spinte antagonistiche<sup>56</sup>, tra gruppi, che possono assumere per questa via natura antidemocratica ed eversiva dell'ordine costituito.

La soppressione di simili condotte rischia con ogni probabilità di imporre un dogma di Stato, nel senso di imporre e rendere azionabile di fronte alle corti una visione del mondo, in spregio alla libertà di opinione, espressione e ricerca scientifica. Il pericolo della c.d. china scivolosa si mostra tutt'altro che infondato, poi, se si considera l'impiego che di tali strumenti ha fatto un Paese come la Turchia, in quel suo malcelato intento di nascondere i crimini commessi in passato e imporre una versione ufficiale dell'accaduto. Il riferimento è alla fattispecie turca di affermazionismo, *ex art. 301 del codice penale turco*, volta a punire chiunque insulti pubblicamente l'identità turca, la Repubblica, gli organi e le istituzioni dello Stato<sup>57</sup>. Nonostante la previsione *ex comma quarto* della non punibilità delle manifestazioni di opinioni «finalizzate a criticare», la norma si è prestata a un impiego strumentale da parte del Governo, specialmente in danno a studiosi e politici che affermavano pubblicamente di riconoscere il genocidio degli armeni. Nonostante l'invito della Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (meglio nota come Commissione di Venezia) a modificare l'articolo, stante l'acclarata incompatibilità tra questo e l'art. 10 della Convenzione, la disposizione è stata conservata e poi innalzata a vessillo della resistenza turca, in difesa della “Turkishness”, da parte del Presidente Erdoğan<sup>58</sup>.

L'aneddotica si può ulteriormente arricchire con l'esperienza ruandese. L'ordinamento ruandese, da una parte può sembrare un termine di comparazione disomogeneo da un punto di vista geopolitico — non essendo peraltro ricompreso nel campo gravitazionale delle principali istituzioni europee. Esso è tuttavia di estremo interesse a parere di chi scrive. Il Ruanda ha difatti costituzionalizzato la criminalizzazione del negazionismo, del revisionismo e della minimizzazione del genocidio nel Capitolo dedicato alla protezione dei diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino, impegnandosi altresì nel preambolo a «1. combattere l'ideologia [sic!] del negazionismo in tutte le sue manifestazioni; 2. eradicare le divisioni etniche e nazionali

<sup>55</sup> Per quanto riguarda la ricaduta sul piano costituzionale dell'evento genocidiario in Armenia, sia consentito un rimando a N. Palazzo, ‘La riforma costituzionale in Armenia’, *Dpceonline*, n. 3/2016, p. 16.

<sup>56</sup> G. Della Morte, ‘Bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della dignità del popolo armeno nella sentenza Perinçek c. Svizzera della Corte europea dei diritti umani’, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 1/2016, p. 190.

<sup>57</sup> Sul tema v. G. Algan, ‘The Brand New Version of Article 301 of Turkish Penal Code and the Future of Freedom of Expression Cases in Turkey’, *German Law Journal*, Vol. 09, no. 2, 2008.

<sup>58</sup> ‘Silencing Turkey’s Media: The Government’s Deepening Assault on Critical Journalism Languages’, in *Human Rights Watch*, 15.12.2016, disponibile al seguente link: <<https://www.hrw.org/report/2016/12/15/silencing-turkeys-media/governments-deepening-assault-critical-journalism#page>> [ultimo accesso: 7 mar. 2017].

e promuovere l'unità nazionale»<sup>59</sup>. Anche in tal caso le istituzioni governative hanno spesso fatto un uso spregiudicato della normativa<sup>60</sup> (di attuazione della Costituzione). Tra tutti, si ricordi il caso delle giornaliste Uwimana-Nkusi e Mukabibi, a lungo reclusi per l'aver usato il lemma «gutemarugana», che può significare tanto «guerra civile» quanto «genocidio» (chiaramente, nella prospettazione dell'accusa, impiegato nel senso di «guerra civile»)<sup>61</sup>.

Sembra pertinente infine il richiamo all'infelice esperienza di un “civilissimo” Paese come la Francia (si veda in particolare la saga delle *loi memorielles* e, tra tutte, della *loi Makachera*), a testimonianza del fatto che anche la giuridificazione della storia (e non soltanto della storiografia) si presta a un uso distorto.

### 5. Profili critici della sanzione penale: il giudizio di proporzionalità in senso lato

Si proceda immaginando un ipotetico giudizio di proporzionalità da parte della Corte di Giustizia. La norma penale si pone infatti in potenziale contrasto con le norme europee a tutela della libertà di espressione, e in particolare con: il combinato disposto degli articoli 11 e 52, par. 1 della Carta di Nizza, e con l'articolo 10 della CEDU. Il bilanciamento tra interessi è doveroso alla luce delle possibili limitazioni (alla libertà di espressione) contemplate dall'art. 52 della Carta, che:

«[D]evono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Mentre i parametri invocabili da parte dello Stato membro saranno rispettivamente l'art. 54 della Carta e l'art. 17 CEDU, sul divieto dell'abuso del diritto,<sup>62</sup> che impediscono il sacrificio o limitazione oltremodo gravosa dei diritti contemplati nelle due carte europee.

Al contrario di quanto accade nelle Corti di Strasburgo e Lussemburgo e nei sistemi di *common law* (in Canada, Australia, Nuova Zelanda) e di *civil law* (in particolare in Europa centro-orientale ed occidentale, grazie all'influenza esercitata dalle Corti europee), il canone di proporzionalità adottato dalla Corte costituzionale italiana non è compiutamente formalizzato. Non si può negare la maggiore utilità sul piano dell'argomentazione e della deliberazione di un canone di proporzionalità formalizzato, ai fini della presente

<sup>59</sup> Articolo 13, par. 2 della Costituzione del Ruanda del 2003, così come emendata nel 2010.

<sup>60</sup> Articolo 4 della L. n. 33bis/2003, recante norme volte a reprimere il crimine di genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra.

<sup>61</sup> La condanna della *High Court* fu poi annullata dalla Corte suprema sull'assunto che nel caso di specie difettava l'intento di minimizzare (e quindi la componente soggettiva della condotta penalmente rilevante). Sul punto v. Y.-O. Jansen, 'Denying Genocide or Denying Free Speech? A Case Study of the Application of Rwanda's Genocide Denial Laws', *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 12, no. 2, 2014, p. 199-205.

<sup>62</sup> Sull'interpretazione della clausola da parte della Corte EDU in materia di condotte negazioniste, v. M. Spatti, Il reato di negazionismo recentemente introdotto in Italia, *Dpceonline*, n. 1/2017, p. 235.

analisi<sup>63</sup>. La *fiction* consiste dunque nell'immaginare un ipotetico vaglio di proporzionalità della misura penale da parte della Corte di Giustizia, e, anziché utilizzare il più duttile e scarsamente formalizzato canone adottato dalla Corte italiana, adoperare lo standard diffuso a livello comparato e internazionale.

Secondo la scansione normalmente accettata del giudizio di proporzionalità, sarà dunque necessario indagare: a) la legittimità del fine o dei fini perseguiti dalla norma incriminatrice; b) la razionale connessione tra i mezzi predisposti e fini da perseguire; c) il piano della "necessità" e, quindi, dell'utilizzo del *less restrictive means*; d) la proporzionalità in senso stretto della misura, con tanto di valutazione costi/benefici.

Fatta la premessa riguardante il foro, si tenga altresì in conto che il giudizio ideale per vagliare la normativa italiana è il rinvio pregiudiziale di interpretazione. Non è esperibile, invece, una pregiudiziale di validità della decisione-quadro per ragioni di carattere processuale, anche alla luce della specialità della normativa adottata nel quadro Giustizia e Affari Interni (GAI).

Si ricordi infine che esistono diverse gradazioni all'interno della disciplina italiana, nessuna delle quali prevede un pericolo concreto del verificarsi dell'evento lesivo. I fatti base di propaganda, istigazione e incitamento, aggravati per l'aver commesso il fatto negando uno dei crimini di genocidio elencati, sono punibili se dalla condotta derivi un pericolo di diffusione, che è cosa ben diversa dal pericolo concreto del verificarsi dell'evento lesivo. La portata della norma è per questa via ristretta ai soli fatti di propaganda, istigazione e incitamento idonei a diffondersi, al di fuori quindi dei soli casi di "opinione personale", non destinati alla circolazione tra un più vasto uditorio.

### 5.1. La legittimità dei fini

Andando a indagare la legittimità dei fini della norma (giudizio *sub a*)), il primo, centrale nodo attiene alla giustificazione dell'intervento del diritto penale, intesa come lo studio del diritto/dovere di punire, della c.d. legittimazione sostanziale del punire, distinta da una pre-moderna giustificazione soltanto formale della punizione<sup>64</sup>. Se tale giustificazione si rinviene innanzitutto nei principi della Costituzione, l'evoluzione in senso transnazionale e internazionale neppure può essere trascurata. Ciò in particolare nel campo del negazionismo, fattispecie costretta a confrontarsi con le nozioni di diritto internazionale di genocidio e crimini contro l'umanità e oggetto, nel contesto europeo, di un intervento «a gamba tesa» dell'Unione.

Sul "perché punire" la dottrina si è a lungo interrogata. Rintracciare il fine perseguito, e saggiarne la legittimità, è il primo tassello ai fini di una compiuta disamina della fattispecie.

<sup>63</sup> M. Cartabia, 'I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana', Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, p. 7. Disponibile qui: <[www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_Roma2013.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf)> [ultimo accesso: 11 gen. 2017].

<sup>64</sup> S. Sanchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelon, 1992.

Secondo taluni la negazione di un crimine di genocidio materializza essa stessa una forma di genocidio. Ad esempio, la classificazione di Stanton<sup>65</sup> colloca proprio il “denial” nell’ultimo degli otto passaggi di cui si compone il delitto (appunto: classificazione, simbolizzazione, disumanizzazione, organizzazione, polarizzazione, preparazione, sterminio, negazione). In tal senso, la negazione dell’accaduto non si porrebbe in posizione di alterità rispetto a un precedente fatto genocidiario, ma sarebbe piuttosto una manifestazione della continuazione dell’intento di distruggere il gruppo. Secondo altri, negare gli stermini «vuol dire assumerne la necessità nel domani»<sup>66</sup>, o ancora ostacolare e avvilire quel processo di autocomprensione delle vittime di genocidio come appartenenti ad un gruppo in grado di distinguersi da altri gruppi per una particolare sorte<sup>67</sup>.

In termini meno perentori, si è ritenuto che il fine consista nella necessità di tutelare l’ordine pubblico, evitando di inquinare quel “clima” di mutua tolleranza tra i gruppi sociali. È precisamente questo il fine dichiarato dalla legge tedesca in tema di negazionismo.

In termini non troppo dissimili, si può pensare che il fine legittimo consista nello scongiurare l’ipotesi di una reazione autodifensiva del gruppo *target*. A titolo di esempio, si pensi alla reazione della comunità afroamericana rispetto a tesi che neghino la condizione di materiale schiavitù sofferta nell’Ottocento.

Infine, si potrebbe essere tentati dal pensare che l’attribuzione di rilevanza giuridica discenda dalla necessità di riconoscere e tutelare l’etica della (e nella) ricerca storiografica, che mal tollera ricerche contro-fattuali. Una simile affermazione non pare cogliere interamente nel segno se si considera che il diritto si propone di essere strumento privilegiato di tutela non tanto della storia quanto della memoria, come rappresentazione collettiva del passato intessuta di un certo vissuto e di una significativa dote di soggettività<sup>68</sup>. È qui necessario introdurre un *caveat*: se il fine ultimo è quello di tutelare la memoria collettiva di un gruppo etnico o razziale, non è neppure immaginabile una fattispecie di pericolo concreto. Nel momento stesso in cui la condotta negazionista è posta in essere, il reato è perfezionato, in quanto il bene giuridico “memoria” risulta essere “già” leso. Ne consegue che la fattispecie italiana di negazionismo, per come disegnata, potrebbe astrattamente porsi il fine della tutela della memoria collettiva.

Tutte le finalità qui analizzate paiono essere astrattamente legittime. Ciò non toglie che alcune presentino problemi di compatibilità costituzionale maggiori rispetto ad altre. In particolare, la tutela della memoria in sé non può che destare perplessità in ordine al rispetto del principio di laicità. Come distinguere, in particolare, il concetto di memoria dal concetto di “morale pubblica”<sup>69</sup>? In ambo i casi, come assicurare il sicuro rispetto del principio di offensività?

<sup>65</sup> G.H. Stanton, ‘The 8 Stages of Genocide’, *Genocide Watch*, 1998. Available at: <[www.genocidewatch.org/aboutgenocide/8stagesofgenocide.html](http://www.genocidewatch.org/aboutgenocide/8stagesofgenocide.html)> [Accessed: 11 Sep. 2016].

<sup>66</sup> D. Di Cesare, ‘Negare la Shoah. Questioni filosofico-politiche’, in F.R. Recchia Luciani - L. Patrino (cur.), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova, Il Nuovo Melangolo, 2013, p.71.

<sup>67</sup> Cfr. Bundesverfassungsgericht, 13 aprile 1994, BVerfGE 90, 274, in Giur. cost., 1994, pp. 3386 e ss, passaggio riportato in C. Carruso, ‘Tolleranza per gli intolleranti? Una ragionevole apologia della libertà di espressione’, *Dpceonline*, n. 1/2016, p. 5.

<sup>68</sup> E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 3.

<sup>69</sup> Su cui v. H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968; J. Feinberg, *Moral*

Proprio in chiave di ripensamento critico della legittimazione alla punizione e in nome del principio di laicità, è stato sostenuto che la distinzione tra diritto e morale vada preservata<sup>70</sup>. Se una distinzione assoluta tra i due è epistemologicamente impensabile, il principio di laicità applicato al diritto penale, nella sua versione minimale, impone quantomeno di non punire comportamenti immorali che non siano anche dannosi. Altrimenti «[i]l nodo tra reato e peccato, tagliato da Cesare Beccaria ‘d'un colpo netto’ millenni or sono, verrebbe nuovamente intrecciato sotto una diversa forma e con modalità prossime al legalismo etico, secondo cui è giusto quod principi placeat»<sup>71</sup>.

Questo pare uno dei pochi punti fermi che si possono individuare in un campo così controverso come quello oggetto di indagine. Un diritto penale che assuma su di sé compiti altamente simbolici, ergendosi a guardiano della memoria, corre un perenne rischio di rieticizzazione. Se il fine ultimo, non dichiarato, è quello di normalizzare un'opinione pubblica (dis)turbata da affermazioni negazioniste, ecco che il diritto penale recupera la sua dimensione simbolico-espressiva, rinunciando a rintracciare e proteggere un interesse meritevole di tutela.

Tra le finalità astrattamente perseguibili, vanno dunque privilegiate quelle che mirano a proteggere la collettività/l'individuo da un danno deducibile in giudizio, come ad esempio una ritorsione nei confronti del gruppo considerato. Tale ritorsione non dovrà essere consumata, né dovrà tuttavia esservi il concreto pericolo che accada, in quanto, giova ricordarlo, la norma italiana richiede soltanto un non meglio specificato pericolo di “diffusione”.

Come emerge in filigrana dai precedenti paragrafi, il negazionismo può assumere tanto la forma di reato di pericolo astratto quanto di pericolo concreto. A proposito di tale distinzione, è stato efficacemente osservato quanto segue<sup>72</sup>:

«In primo luogo la norma che prevede il negazionismo come reato interviene nella materia della libertà di pensiero e di opinione, limitandola e lo fa completamente al di fuori dello schema dell'istigazione. Solo quest'ultimo è il parametro costituzionale di compatibilità, secondo risalenti insegnamenti della nostra Corte Costituzionale, che giustifica l'intervento del diritto penale nella materia. Nessun dubbio, inoltre, che qualsiasi manifestazione scritta o verbale di negazionismo che si collocasse su questo versante, creando un pericolo per

---

*Limits of the Criminal Law (Book 1)*, Oxford, Oxford University Press, reprint edition, 1987.

<sup>70</sup> A. Merli, *Democrazia e diritto penale. Nota a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 17.

<sup>71</sup> G. Puglisi, ‘A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”’, cit., p. 23.

<sup>72</sup> Si noti che il passaggio riportato si riferisce all'originario disegno di legge in materia: Ddl atto Senato n. 54, XVII Legislatura, rubricato “Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale”, divenuto, dopo le modifiche apportate in sede di Commissione Giustizia, “Modifiche all'articolo 414 del codice penale in materia di negazione di crimini di genocidio, crimini contro l'umanità, nonché di apologia di crimini di genocidio e crimini di guerra”.



l'ordine pubblico, avrebbe varie possibilità di essere sussunta in fattispecie penali già esistenti nel nostro ordinamento»<sup>73</sup>.

In assenza di clausole di pericolo *concreto*, il fatto stesso del presentare una tesi negazionista idonea alla diffusione avrebbe dunque in sé rilevanza penale, con conseguenze di dubbia compatibilità costituzionale. Sono dunque da salutare positivamente quegli accorgimenti redazionali che inseriscono tali clausole, con l'intento di restringere la portata della disposizione incriminatoria alle sole condotte in grado di porre un pericolo (concreto) per la società. Sono in altri termini necessarie fattispecie di negazionismo “qualificato”<sup>74</sup>, in luogo di fattispecie di pericolo astratto.

Irrinunciabile appare quindi la componente istigatoria, anche in armonia con l'art. 1 par. 2 della Decisione Quadro dell'Unione europea (in base alla quale gli Stati membri «possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi»), nonché in armonia con l'interpretazione del giudice supremo italiano. La Cassazione, pronunciatisi con riferimento all'art. 3 della l. n. 654/1975 ha infatti ribadito l'imprescindibilità di un «*contenuto fattivo di istigazione ad una condotta* [corsivo aggiunto], quantomeno intesa come comportamento generale, che realizza un *quid pluris* rispetto ad una manifestazione di opinioni, ragionamenti o convincimenti personali»<sup>75</sup>, recuperando in punto di materialità della condotta.

Sotto tale profilo, appare inoltre illustrativa l'esperienza spagnola. Il *Tribunal constitucional* nel 2007 dichiarò incompatibile con la libera manifestazione del pensiero costituzionalmente tutelata l'art. 607, comma 3 del codice penale, nella parte in cui punisce la «negazione» di tali crimini; il *Tribunal* fa con ciò salva la sola «giustificazione» idonea a costituire al tempo stesso una istigazione a commettere il crimine di genocidio<sup>76</sup>. La trama argomentativa della corte, particolarmente convincente, porta a far coincidere l'ambito del penalmente rilevante con il c.d. *discurso del odio*, attraverso cui si realizza un diretto incitamento alla violenza a danno di un gruppo etnico, razziale ovvero a danno dei cittadini. Ne consegue la comprensibile ablazione dalla norma delle condotte di mero *dicere*.

Si diceva che il legislatore italiano ha introdotto un'aggravante speciale applicabile ai fatti base di propaganda, istigazione o incitamento previsti dalla legge Mancino. E tuttavia, nessuna di queste richiede un'indagine circa l'esistenza di un pericolo concreto che dalla condotta derivino atti di discriminazione o di violenza. Può affermarsi, dunque, che in Italia il reato di genocidio non abbia “necessariamente” una componente istigatoria. Perciò se è vero che tra i fini astrattamente legittimi, bisogna privilegiare i fini che non rinuncino alla tutela della collettività/individuo dal pericolo concreto di un danno, non tutta la disposizione sarebbe proporzionata. In particolare, la disposizione, nella parte in cui punisce la propaganda

<sup>73</sup> E. Fronza - A. Gamberini, 'Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato', *Diritto penale contemporaneo* ([www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)), 29.10.13, p. 3.

<sup>74</sup> O. Pollicino, 'Il negazionismo nel diritto comparato. Profili ricostruttivi', in *DUDI*, n. 5/2011, p. 88.

<sup>75</sup> Sent. Cass. Penale, sez. III, n. 13234/2008 del 13 febbraio del 2008 (dep. 28 marzo 2008). Sul tema v. L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione: l'istigazione all'odio razziale*, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2009, p. 205.

<sup>76</sup> Pleno. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007).

aggravata (chiunque «diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico», aggravata dal fondarsi la propaganda sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale), presenta profili di dubbia compatibilità al diritto europeo, in quanto il fine non sarebbe pienamente legittimo.

## 5.2. La connessione razionale tra i mezzi e i fini, le alternative alla sanzione penale e il giudizio di proporzionalità in senso stretto

Il secondo, terzo e quarto passaggio riguardano, rispettivamente, il piano della connessione tra i mezzi predisposti e fini da perseguire, il piano della “necessità” della misura (e l'impiego del *less restrictive means*), e il piano infine della proporzionalità in senso stretto della misura (comprensiva di una valutazione costi/benefici).

I passaggi possono essere meglio svolti attraverso un'analisi di tipo comparato delle misure *lato sensu* repressive disponibili. Esistono alternative all'isteria punitiva che ha interessato la maggior parte dei Paesi europei? La risposta non può essere unitaria poiché la condotta può assumere almeno due forme molto diverse tra di loro: è perciò utile distinguere tra negazionismo accademico e neo-negazionismo. Con il primo si fa riferimento alla condotta negazionista posta in essere da un accademico all'interno della comunità scientifica di appartenenza; la seconda si verifica in ambito extra-accademico con la finalità di diffondere nelle nuove generazioni diffidenza nei confronti delle versioni accreditate della storia, in armonia con una sorta di «ideologia del “complotto” globalista»<sup>77</sup>.

La tesi secondo cui il negazionismo si combatte attraverso la cultura e l'educazione<sup>78</sup> rischia di trascurare la natura composita del fenomeno negazionista. È evidente che non si è di fronte a ciò che in filosofia si definisce un (genuino) disaccordo interpretativo, poiché manca il requisito della dichiarazione “*faultless*”: dal momento che una concezione è viziata da errore, e noi partiamo dall'assunto che lo sia, questa non

<sup>77</sup> A. Giovagnoli, ‘La Sissco e la modifica dell'articolo 414 del codice penale’, in ‘Audizione sul disegno di legge n. 54 (negazionismo)’, *Senato.it*, marzo 2014, p. 26. Disponibile al seguente link: <[www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/001/129/RACCOLTA\\_MEMORIE.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/001/129/RACCOLTA_MEMORIE.pdf)> [ult. acc. 11 set. 2016]. Lo studioso prosegue inoltre affermando che: «La sua forza profonda, infatti, si radica in un terreno ben diverso da quello del confronto scientifico: si fonda sulla convinzione di costituire una legittima difesa contro quanti coltivano un progetto egemonico sotto mentite spoglie»

<sup>78</sup> Fra tutti si segnalano il comunicato dell'Unione delle Camere Penali “Al negazionismo si risponde con le armi della cultura non con quelle del diritto penale, un intervento della società degli storici contemporanei”, disponibile qui: <[www.camerepenali.it/public/file/comunicati/c%20261%20-%20al%20negazionismo%20si%20risponde%20con%20le%20armi%20della%20cultura%20non%20con%20quelle%20del%20diritto%20penale.pdf](http://www.camerepenali.it/public/file/comunicati/c%20261%20-%20al%20negazionismo%20si%20risponde%20con%20le%20armi%20della%20cultura%20non%20con%20quelle%20del%20diritto%20penale.pdf)> [ult. acc. 11 set. 2016]. Si segnalano inoltre i seguenti contributi: F. Cortese, ‘Povera Italia, vittima della tempesta ideologica perfetta’, *IlSussidiario.net*, 23.10.2013; Wu Ming, ‘Il déjà-vu del cosiddetto «DDL sul negazionismo»’, *Wumingfoundation*, 17.10.2013; G. Della Morte, ‘L'introduzione del reato di negazionismo in Italia’, cit., p. 1201.

raggiunge la soglia della ragionevolezza e il disaccordo si avvicina molto a ciò che si definisce un «dialogo tra sordi». La cultura può certamente innalzare la soglia di ragionevolezza, consegnare agli individui gli strumenti utili a corazzarsi da tesi false e tendenziose ma non può ambire a sconfiggerle del tutto. Come non concordare del resto con l'affermazione della filosofa Di Cesare secondo cui «chi nega non ignora»<sup>79</sup>? In definitiva, la cultura è uno strumento indispensabile ma non risolutivo.

Ad ogni modo, una reazione efficace può essere adottata, quanto al negazionismo accademico, dalla comunità di appartenenza, attraverso non solo l'ostracizzazione delle tesi e del loro portatore, ma anche attraverso gli strumenti che la corporazione di appartenenza mette a disposizione, quali ad esempio la radiazione/espulsione, l'adozione di un codice etico, la possibilità di intervenire sui contenuti della didattica da parte del rettore<sup>80</sup> etc. E qualora tali strumenti non siano disponibili converrebbe introdurli per evitare che la risposta più efficace, ossia quella della comunità scientifica, sia blanda. Tuttavia, non si dimentichi che tanto l'ostracizzazione dell'accademico quanto la criminalizzazione della condotta negazionista presentano un effetto collaterale non trascurabile, consistente nel consegnare al portatore delle tesi la potente arma del «vittimismo». Questo infatti si innalzerebbe a vittima di quegli stessi poteri «forti» che detengono e perpetuano una verità di Stato menzognera.

Non credo, invece, che esistano strumenti altrettanto efficaci per combattere il c.d. neo-negazionismo. In tale caso non sarebbe individuabile una comunità di appartenenza né un uditorio ben definito, essendone i contenuti trasmessi per lo più via web, «dove i negazionisti trovano estro e ispirazione per rendere attuali e concreti i loro fantasmi proprio là dove reale e virtuale, prova e rumore, ragionevole e assurdo, *tutto è equiparato* [corsivo aggiunto]»<sup>81</sup>. È pensabile, verosimile limitarne la diffusione? Non è forse già in atto una resa delle società contemporanee di fronte a simili fenomeni?

Volendo tentare di avanzare considerazioni sul giudizio *sub b*), si può notare che: mentre una congruità — seppur dimidiata dal vittimismo — dello strumento penale nell'ambito del negazionismo accademico è rintracciabile, non così nell'ambito del neo-negazionismo. Sembra infatti sostenibile, in riferimento al neo-negazionismo, che il mezzo prescelto sia profondamente inadeguato, non in grado com'è di tener conto della natura nevrotica della comunità virtuale del web (e quindi delle difficoltà riguardanti il controllo del traffico dei contenuti, l'individuazione del responsabile del reato, e così via).

Le considerazioni sopra esposte hanno una loro rilevanza anche nel passaggio riguardante l'impiego del mezzo meno «costoso» in termini di compressione dell'interesse concorrente (c.d. *less restrictive means*). Tra le alternative disponibili rientra, infatti, l'espulsione da parte della comunità accademica, in ipotesi di negazionismo accademico.

<sup>79</sup> D. Di Cesare, 'Riflessioni intorno al disegno di legge contro il negazionismo', in 'Audizione sul disegno di legge n. 54 (negazionismo)', cit., p. 4.

<sup>80</sup> Una tesi che riecheggia d'altra parte la celebre proposta «politico-pedagogica» di Vincenzo Cuoco nella «Proposta e disegno di legge fatto nel 1811 dalla Commissione straordinaria» (del Regno di Napoli) di monitorare i libri di testo e i programmi attraverso ispettori scolastici.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 3.

Un'ulteriore "alternativa" fruibile consiste nell'istituzione dei tribunali della memoria, di cui numerosissimi esempi esistono in ottica comparata<sup>82</sup>. Va da sé che l'istituzione di simili tribunali non supera i problemi che si sono individuati con riferimento alla giuridificazione della storia e della storiografia; eppure, l'individuazione ufficiale di una "verità" che esaurisce interamente in sé la funzione di riparazione sembra essere maggiormente rispettosa degli interessi costituzionali, antagonisti al diritto alla memoria, oggetto di bilanciamento — mentre una frizione evidente con tali interessi si avrebbe se le manifestazioni del pensiero idonee a diffondersi fossero coperte da sanzioni di carattere civile classico (es., risarcimento civile) o, ancor più, penale. A ciò si aggiunga che, nel caso delle sanzioni civili classiche, non è chiaro quale sarebbe il danno fonte di risarcimento. Si rende infatti necessario individuare un soggetto specifico che patisce il danno di diffamazione o ingiuria, di violenza o discriminazione per i motivi sopraelencati; ma sarebbero qui applicabili gli ordinari strumenti in campo civile della diffamazione, ingiuria, lesioni e discriminazione, il cui campo di applicazione non necessariamente coincide con quello individuato dalla norma penale. Né è facile immaginare una sovrapposizione. È pur vero che i tribunali della memoria sono stati creati in contesti peculiari con scopi di riconciliazione sociale, e tuttavia non sembra che la componente della forte emotività sociale, e del conseguente rischio di *cleavages*, sia del tutto assente nei casi di introduzione del reato di negazionismo: sarebbe perciò certamente più rispettosa dei principi costituzionali una soluzione che riconosca ufficialmente, d'autorità il mendacio, senza comminare sanzioni di alcun tipo nei confronti di soggetti individuati.

I tribunali della memoria scontano ovviamente tutti i difetti che sono stati più sopra elencati (v. supra par. 3), puntando a ricostruire la storia attraverso la cruna delle norme che governano l'assunzione della prova e a cristallizzare il tutto attraverso il giudicato. Un'alternativa che non presenta invece i difetti propri del processo e del giudicato consiste nell'introduzione di leggi memoriali e, quindi, nell'istituzione di giornate della memoria, nella predisposizione di programmi scolastici che escludano tesi revisionistiche, etc.

Entrambe le soluzioni precedenti (tribunali della memoria e leggi memoriali) sono ad ogni modo meno lesive dei principi propri delle tradizioni costituzionali degli stati membri e dei principi dell'ordinamento europeo in tema di libertà di espressione.

Il giudizio potrebbe dunque arrestarsi alla terza fase (*sub c*). Ciò perché non può dirsi che il legislatore abbia fatto ricorso al strumento meno "costoso" in termini di compressione dell'interesse concorrente (*c.d. less restrictive means*). Esistono valide alternative alla sanzione penale, assai meno costose in termini di compressione dell'interesse concorrente, quali: nel caso del negazionismo accademico, l'espulsione dello studioso dalla comunità di appartenenza; nei restanti casi, l'introduzione di leggi memoriali ovvero l'istituzione di tribunali della memoria.

## 6. Alcune considerazioni conclusive

<sup>82</sup> S. Rodotà, Il diritto alla verità, in G. Resta e V. Zeno Zencovich (cur.), *Riparare. Risarcire. Ricordare.*, cit., pp. 498 ss.

Le norme finalizzate a reprimere penalmente le condotte negazioniste prestano il fianco ad un uso distorto. Anche nelle democrazie libere, non sono forse queste un atto di fede nel fatto che gli argini tengano, che la panoplia e gli strumenti a difesa rimangano inscalfiti e in grado di difendere le nostre fragili democrazie dall'avvento di un nuovo totalitarismo? Nel caso in cui le democrazie libere non siano più tali (come in Turchia) o non lo siano mai state del tutto (come in Ruanda), ecco che simili fattispecie finiscono coll'essere un utilissimo strumento nelle mani del Governo per sopprimere le voci del dissenso.

La natura composita del fenomeno spinge inoltre a scomporre le diverse ipotesi e cercare soluzioni diverse nel caso del negazionismo accademico e del neo-negazionismo (financo non-soluzioni nel caso del neo-negazionismo).

In ambo i casi la reazione da parte del diritto penale, che prescindendo interamente da una componente istigatoria, non pare né utile allo scopo né rispettosa dei principi costituzionali posti a tutela della libertà di espressione, d'opinione e di ricerca scientifica. L'istigazione concreta all'odio e alla violenza come elemento fondativo del reato pare essere l'unica componente che giustifichi un intervento del diritto penale; mentre, per quanto riguarda le condotte di mero *dicere*, non sembrano esservi margini di azione al di là, nell'ipotesi di negazionismo accademico, di una ferma reazione da parte della comunità di appartenenza, secondo le regole che tale comunità si è data. Infine, la proposta di istituire tribunali della memoria, per quanto eccentrica, può rivelarsi un "giusto mezzo" nelle ipotesi in cui le condotte negazioniste assumano una portata tale da creare profonde spaccature sociali e destare sgomento nell'opinione pubblica.

La fattispecie italiana di negazionismo merita dunque di essere problematizzata. Converrebbe iniziare ad avere paura delle nostre paure e guardare con diffidenza *tutte* le fattispecie penali di negazionismo prive della più volte richiamata, ma mai abbastanza, componente istigatoria. Allorché tale componente manchi, occorrerebbe prendere in seria considerazione le alternative disponibili, altrettanto efficaci e meno costose dal punto di vista della lesione di interessi concorrenti. Trovare un punto di equilibrio tra il "cupio dissolvi" delle società contemporanee e il mantenimento coatto dell'ordine delle sue componenti, incluse le componenti dissenzienti e anti-democratiche, non è certo un'impresa semplice. Eppure, nell'ambito del negazionismo, niente è più illusorio dell'immagine eidetica di una società ordinata dalle sentinelle del diritto penale.