

**LA “MENZOGNA DI AUSCHWITZ”,
LE “VERITÀ” DEL DIRITTO PENALE.
LA CRIMINALIZZAZIONE DEL C.D. NEGAZIONISMO
TRA ORDINE PUBBLICO, DIGNITÀ E SENSO DI UMANITÀ*.**

di Matteo Caputo

SOMMARIO: 1. Lo stato dell’arte. – 2. Rotte del negazionismo. – 3. Giurisprudenze costituzionali a confronto. – 4. Le contro-mosse della storiografia. – 5. Unicità di Auschwitz e della sua negazione. – 6. Assoluto e relativo nella libertà di espressione. – 7. Il *mainstream* penalistico. – 8. Il principio di laicità sotto tensione. – 9. Il problema dell’oggetto della tutela: la transizione dall’ordine pubblico ... – 10. ... alla dignità della persona offesa dalla maldicenza negazionista. – 11. *Dalla parte di Shylock*: l’umanità dolente e la concezione personalistica del bene giuridico. – 12. Per non andare oltre il segno.

1. Lo stato dell’arte.

«Tutto ciò che sappiamo è di non poter né punire né perdonare tali crimini, che quindi trascendono il dominio delle cose umane e le potenzialità del potere umano, distruggendoli entrambi radicalmente ovunque compaiano»¹.

Si può punire (e si può perdonare) il negazionismo, ovvero la negazione di crimini non punibili e imperdonabili, che trascendono il dominio dell’uomo?

In Europa il dado pare tratto. Dopo l’Azione Comune 96/443/GAI del 15 luglio 1996, con la quale il Consiglio sollecitava gli Stati membri a reprimere la negazione pubblica dei crimini definiti dall’art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga, nella misura in cui essa consista in un comportamento di disprezzo o degradante verso un gruppo di persone definito in base al colore, alla razza, alla religione o all’origine nazionale o etnica, l’Unione Europea è nuovamente intervenuta sulla repressione del fenomeno negazionista con la Decisione Quadro 2008/913/GAI, del 28 novembre 2008, relativa al contrasto a talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia attraverso il ricorso agli strumenti del diritto penale².

* Saggio destinato al volume a cura di G. FORTI-G. VARRASO-M. CAPUTO, *“Verità” del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, in corso di stampa. Si ringrazia l’editore Jovene per aver consentito di anticiparne la pubblicazione sulla *Rivista*.

¹ H. ARENDT, *Vita Activa. La condizione umana*, tr. it. di S. FINZI, Milano, 1988, p. 241. Da queste parole è tratto il titolo del fortunato libro sulla giustizia internazionale di A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare*, tr. it. di S. ALLEGREZZA, Bologna, 2004.

² Il termine per la trasposizione negli Stati membri era fissato al 28 novembre 2010, ed entro il 28 novembre 2013, come previsto dall’articolo 10 § 3 della Decisione Quadro, il Consiglio avrebbe dovuto verificare i

Agli Stati membri è stato chiesto di punire l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra come definiti agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, nonché dei crimini definiti dall'articolo 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale, allegato all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, «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 atto ad istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro» [art. 1, comma 1, lett. c) e d)].

Rispetto all'Azione Comune, la Decisione Quadro innova sia sotto il profilo dei riferimenti normativi dai quali ricavare l'oggetto della negazione punibile, sia sotto il profilo della prova di una concreta idoneità istigatoria alla violenza o all'odio.

Di notevole importanza è il comma 2 dell'art. 1, nel quale si specifica che «ai fini del paragrafo 1, gli Stati membri possono rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi».

La Decisione Quadro origina da un'iniziativa presa nel gennaio del 2007, nel contesto della presidenza tedesca dell'Unione, dal Ministro della Giustizia tedesco, Brigitte Zypries, che intendeva portare a compimento un processo, avviato nel 2001, teso a estendere a tutti gli Stati membri la punizione del razzismo e della negazione dei genocidi, e in particolare dell'Olocausto. L'iniziativa del Ministro Zypries non mancò di sollevare reazioni differenti nell'opinione pubblica tedesca e la risonanza di quel dibattito giunse fino in Italia, dove l'allora Ministro della Giustizia Clemente Mastella diede seguito alla proposta del suo omologo tedesco, annunciando un disegno di legge per introdurre la punizione della negazione dell'Olocausto.

L'idea provocò l'immediata resistenza degli storici italiani: più di 200 firmarono un appello nel quale si elencavano i motivi per cui una legge del genere risultava pericolosa, inutile e controproducente: si criticava la possibilità, offerta ai negazionisti, «di ergersi a difensori della libertà d'espressione»; l'attribuzione allo Stato di definire una verità storica, che si espone al rischio di essere successivamente delegittimata, e che mina «la fiducia nel libero confronto di posizioni e nella libera ricerca storiografica e intellettuale»; e si segnalava l'esistenza di leggi già attive sul fronte della repressione dell'istigazione alla violenza, all'odio razziale e all'apologia di reati contro l'umanità.

progressi fatti registrare dai singoli Stati. Per un esame approfondito della Decisione Quadro v. 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*, n. 3/2011, pp. 154 ss.; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, pp. 69 ss.; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, pp. 259 ss. In tema v. anche C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/Gai: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 645 ss.; 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, pp. 205 ss.

Al termine dell'appello, si scorgeva il rimedio suggerito dagli storici in luogo della criminalizzazione: solo alla società civile spettava il compito di combattere il negazionismo, «attraverso una costante battaglia culturale, etica e politica»³.

La levata di scudi ebbe successo. Il Ministro Mastella modificò sostanzialmente il disegno di legge, eliminando ogni riferimento al negazionismo e limitandosi a inasprire, sulla scia della legislazione precedente, le pene contro chi «diffonda idee sulla superiorità razziale»⁴.

La battuta d'arresto fatta registrare sul suolo italiano non ha impedito l'avanzata del progetto Zypries in Europa nel solco di un *trend* di diffusa penalizzazione del negazionismo⁵. E, del pari, commenti preoccupati si ripropongono ciclicamente in Italia, dove l'8 ottobre 2012 è stato presentato in Senato il disegno di legge n. 3511, prima firmataria la senatrice Silvana Amati, composto da un unico articolo con il quale si modifica, nei seguenti termini, l'art. 3, comma 1, l. 13 ottobre 1975, che aveva ratificato la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale⁶:

“Salvo che il fatto costituisca più grave reato ... è punito: a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”:

³ Cfr. *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, Manifesto proposto da M. FLORES, S. LEVI SULLAM, E. TRAVERSO, apparso su diversi quotidiani del 23 gennaio 2007 e consultabile in www.sissco.it. Sul tema cfr. Editoriale, *Le tesi storiche vanno fissate per legge?*, in *La Civiltà Cattolica*, 2007, II, pp. 3 ss.; D. PULITANÒ, *Sulla legittimità dei reati di opinione nella proposta Mastella*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, pp. 371 ss.; M. FLORES, *Negazionismi, revisionismi e libertà di opinione*, in *Il Mulino*, 2007, pp. 504 ss. Per esaminare le ragioni di uno tra gli storici che hanno ritenuto di non sottoscrivere il manifesto, cfr. M. CATTARUZZA, *La condanna del negazionismo limita la libertà della ricerca?*, in www.ventunesimosecolo.org.

⁴ Secondo C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, p. 218, gli attacchi alla “proposta Mastella” non tenevano nel dovuto conto che l'idea di introdurre un reato che punisse il negazionismo corrispondeva a un consolidato (ancorché non incontrovertito) orientamento di politica criminale rintracciabile in moltissimi Paesi democratici.

⁵ Il termine “negazionismo” è stato utilizzato per la prima volta da H. ROUSSO, ne *La syndrome de Vichy*, Parigi, 1987, p. 151.

⁶ Al momento, infatti, è dubbio che le maldicenze negazioniste ricadano nel perimetro dell'art. 3 l. 655/1975. Sul punto v. A. PIETROBON, *Un giudice internazionale per il negazionismo?*, in www.forumcostituzionale.it, 2007, par. 1, nt. 2; 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, n. 3/2011, pp. 154 ss. Sui rapporti tra art. 3 l. 655/1975 e art. 3 Cost. cfr. A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 526 ss. Sulla riforma dei reati di opinione, operata con l. 24 febbraio 2005, n. 85, per tutti cfr. 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*, Padova, 2006, pp. 117 ss. In ordine all'aggravante della finalità di discriminazione v. invece L. FERLA, *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1455 ss.

«All'articolo 3, comma 1, della legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni, dopo la lettera b) è aggiunta la seguente:

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

Il disegno di legge recepisce pressoché interamente il contenuto della Decisione Quadro: in estrema sintesi, a) oltre a contemplare un'identica comminatoria edittale (reclusione fino a tre anni), b) mantiene i rinvii a entrambi gli atti internazionali citati, e c) subordina la punibilità dell'apologia a una concreta esposizione a pericolo dell'ordine pubblico o a comportamenti costituenti minaccia, offesa o ingiuria. Un accento di novità si coglie invece nel tentativo di precisare meglio il divieto di negazionismo: il disegno di legge non riporta le formulazioni della Decisione Quadro in punto di «negazione» e «minimizzazione grossolana», ma nomina gli oggetti della negazione («la realtà» «la dimensione», «il carattere genocida»). Per tale via, però, si consegue l'effetto, non si sa quanto voluto, di aumentare il perimetro della punibilità, estendendola a revisioni storiografiche, incidenti ad esempio sul dato quantitativo, che possono risolversi anche in minimizzazioni non grossolane.

Peraltro, è noto che, dopo le forti emozioni suscitate dalla vicenda dei funerali di Erich Priebke, il 16 ottobre scorso il testo è passato all'esame del Senato con importanti variazioni, che manifestano l'accoglimento di una diversa impostazione di fondo. Gli emendamenti presentati presso la Seconda Commissione Permanente (Giustizia) hanno ottenuto di intervenire esclusivamente sul delitto di istigazione a delinquere *ex art.* 414 c.p., al quale verrebbe aggiunto un quarto comma, del seguente tenore: «La pena di cui al primo comma, numero 1), si applica a chiunque nega l'esistenza di crimini di genocidio o contro l'umanità o di guerra». In caso di approvazione del nuovo testo, dunque, l'art. 414 c.p. conterrà una nuova fattispecie autonoma deputata a punire con la reclusione da uno a cinque anni chiunque neghi l'esistenza di crimini di genocidio o contro l'umanità o di guerra⁸.

⁷ Sull'iniziativa italiana cfr. 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, pp. 409 s.

⁸ La riforma prevede inoltre l'inserimento, sempre nell'art. 414 c.p., di una circostanza aggravante delle forme di apologia e istigazione. Per una prima ricognizione del nuovo testo cfr. M. MONTANARI, [Il disegno di legge in materia di negazionismo passa all'esame dell'aula del Senato](#), in *questa Rivista*, 28 ottobre 2013, pp. 1 s. Per un primo commento critico v. E. FRONZA-A. GAMBERINI, [Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato](#), in *questa Rivista*, 29 ottobre 2013, pp. 1 ss. e il comunicato dell'Unione delle Camere Penali, *Al negazionismo si risponde con le armi della cultura non con quelle del diritto penale*, oltre a varie prese di posizione sulla stampa degli appartenenti alla comunità degli storici.

2. Rotte del negazionismo.

La negazione delle camere a gas e dei forni crematori nei campi di sterminio nazisti è un'opinione pari alle altre? Merita di essere accolta e protetta nel discorso pubblico, in nome della libertà di espressione? Il legislatore è legittimato a perseguire imposture storiche e farneticazioni ideologiche, o minacciare di pena la parola negazionista contraddice valori fondamentali del diritto penale e dello stare insieme con chi la pensa diversamente dalla stragrande maggioranza dei consociati?

Gioverà alla comprensione dei tentativi di rispondere a quesiti tanto problematici una cursoria ricostruzione delle principali caratteristiche del fenomeno negazionista. Fu l'*Institute of Historical Review* a formulare nel 1973 gli otto assiomi del negazionismo⁹: 1) la c.d. soluzione finale (*Endlösung*) consisteva nell'emigrazione degli ebrei e non nello sterminio; 2) non ci furono gassazioni (il famigerato *Zyklon B* veniva usato per la disinfestazione dei pidocchi); 3) la maggior parte degli ebrei scomparsi emigrarono in Usa e Urss, facendo perdere le loro tracce; 4) i pochi ebrei giustiziati dai nazisti erano criminali sovversivi; 5) la comunità ebraica mondiale perseguita chiunque voglia svolgere un lavoro di ricerca onesta intorno alla Seconda Guerra mondiale, per timore che emerga la verità dei fatti; 6) l'onere della prova incombe sugli "sterminazionisti", come sono definiti gli esponenti della storiografia ufficiale; 7) le contraddizioni presenti nei calcoli demografici della storiografia ufficiale dimostrano con certezza il carattere menzognero delle loro tesi.

Molto si è scritto sulle origini e sulle ramificazioni del fenomeno negazionista¹⁰. Il legislatore che si disponesse a studiarne i tratti salienti, scoprirebbe presto un groviglio di premesse ideologiche e di conseguenze politico-sociali che impediscono di sottovalutarne la portata e di liquidare il fenomeno come una faccenda che riguarda pochi esaltati, facilmente risolvibile con l'indifferenza e qualche ora di storia ed educazione civica nelle scuole secondarie.

Se sulle ripercussioni è facile intendersi – anche se si vedrà come gli effetti della parola negazionista meritino di essere attentamente valutati nella ricostruzione dell'oggettività giuridica di un reato pertinente (*infra* parr. 10-11-12) – per penetrare il retroterra culturale che anima la visione negazionista occorre avvicinarsi a «un piccolo universo auto referenziato, per alcuni aspetti quasi un genere letterario a sé, che non viene scalfito dalla ragione poiché ha una sua ragione, che riposa sulla negazione»¹¹.

In questo universo, la narrazione controfattuale si presenta in modo seducente e provocatorio, come sospirata liberazione dai fumi del tabù "sterminazionista".

Un'impresa di "igiene culturale", dedicata a rimuovere le incrostazioni di un passato fasullo, stratificatesi nel tempo e all'origine dei problemi dei tempi correnti.

⁹ Cfr. sul punto A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, pp. XVI s.

¹⁰ La bibliografia, ci si passi il termine, è davvero sterminata. Cfr., fra gli altri, per un primo sguardo d'insieme, M. SHERMER- A. GROBMAN, *Negare la storia. L'Olocausto non è mai avvenuto: chi lo dice e perché*, tr. it. di S. TESSITORE, Roma, 2002; G. D'AMICO (a cura di), *Razzismo, antisemitismo, negazionismo*, Asti, 2007.

¹¹ C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, p. IX.

L'aggressione contenuta nelle parole dei negazionisti è sottile, ancorché si alimenti di analisi grossolane e metodologicamente discutibili. Essa ha goduto finora, quanto meno in Italia, di una certa accondiscendenza, frutto di ignoranza, sottovalutazione del pericolo e fiducia nella possibilità di contrastarlo con le armi del dibattito pubblico e storiografico, anziché con quelle dei precetti e delle sanzioni.

Un primo aspetto, meritevole di attenzione, è la sua bidimensionalità, il suo pendolare lungo la traiettoria storica e quella politico-ideologica: oltre a costituire un attacco preordinato all'agire dello storico, mettendo in discussione consolidate acquisizioni metodologiche, il negazionismo prosegue, sotto mentite spoglie, «un discorso di legittimazione del nazismo attraverso la cancellazione degli aspetti più aberranti e impresentabili della sua storia»¹².

Bisogna allora far emergere «il nesso tra annientamento e negazione, ... il legame di salda continuità tra lo sterminio compiuto dai nazisti, mediante la gassazione e l'incenerimento, per fare dei cadaveri cenere, per mandarli in fumo, in vista di un futuro nulla, e la negazione di chi nega l'annientamento»¹³.

La «contrapposizione autistica tra i fatti e la propria versione»¹⁴ è dunque funzionale a un preciso disegno politico di contrapposizione antisemitica.

Secondo i negazionisti, la "vera" falsificazione della realtà, quella propiziata dalla storiografia ufficiale, servirebbe a occultare interessi inconfessabili, sottesi al c.d. complotto giudaico¹⁵: «contestare la "menzogna di Auschwitz" vuol dire denunciare il potere ebraico; mettere a nudo l'egemonia sionista sul mondo implica lottare contro le ingiustizie, oltre ad essere di per sé nobilitante, è la premessa per costruire un nuovo mondo, ispirato a ideali spirituali e creativi. Si tratta, a ben vedere, di un programma politico che fa della denuncia, a trecentosessanta gradi, di connivenze e compromissioni, volute da poteri "forti" e "occulti", il primo passo per la promessa di un'opera di emancipazione dei popoli»¹⁶.

Scendendo nel dettaglio, sono stati efficacemente enucleati i passaggi logici della costruzione negazionista, dai quali si ricava tutta la sua insidiosità:

«1. spostare l'onere della verifica da sé al gruppo avversario, chiedendo continuamente 'prove specifiche' che dovrebbero testimoniare, una volta per sempre, della veridicità di quanto affermato. In assenza di questi riscontri (che anche nel caso in cui fossero prodotti verrebbero comunque definiti come lacunosi o insufficienti se non addirittura manipolati), ciò che viene sostenuto è da ritenersi falso o inattendibile o comunque infondato;

2. dire poco o nulla riguardo alla propria posizione, attaccando piuttosto i punti deboli e gli errori altrui. Il gioco della polemica richiede sempre di portarsi sul campo dell'avversario, non solo anticipandone le mosse ma obbligandolo a subire il proprio

¹² C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, p. 7.

¹³ D. DI CESARE, *Se Auschwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Genova, 2012, p. 9.

¹⁴ C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, p. 46.

¹⁵ Sulla frequente contestualità di posizioni antiebraiche nelle tesi negazioniste cfr. V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Milano, 1998, *passim*.

¹⁶ Cfr. C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, p. 186.

schema d'attacco, in modo che possa solo replicare a quanto viene aggressivamente contestato;

3. generalizzare l'imputazione d'errore, secondo il principio *falsus in uno, falsus in omnibus*, attribuendo all'avversario una sequenza di sbagli a partire da una singola incongruenza: d'altro canto, secondo questa impostazione, se un particolare non regge è l'intera costruzione che non sta in piedi;

4. decontestualizzare le affermazioni altrui, privandole di tutti quei rapporti e quei nessi che fanno sì che le singole fonti abbiano un senso: isolarle fa in modo che perdano di aderenza e senso storico e possano quindi essere piegate a letture di circostanze;

5. trasformare ogni elemento critico in una disamina sulla validità dell'intero impianto storiografico e, non di meno, del suo oggetto di studio (...);

6. concentrarsi su ciò che non è noto e ignorare quello che invece lo è, selezionando attentamente le informazioni conformi e tralasciando invece quelle che non fungono al supporto delle proprie tesi;

7. istituire un nesso di equivalenza morale tra sterminio e delitti diversi (ad esempio, con il bombardamento di Dresda e la bomba atomica) nonché con fatti distinti (l'internamento dei civili americani di origine giapponesi nei campi istituiti dagli statunitensi durante la guerra). Tale approccio, falsamente comparativo e 'comprensivo', serve in realtà a ridurre il dirompente tratto morale di uno dei due elementi dell'eguaglianza. Se lo sterminio è identico all'atomica, allora uguali sono le colpe. Questo criterio di rilettura degli eventi ha l'obiettivo di richiamare in causa gli Alleati e l'Unione Sovietica, attribuendo agli uni e all'altra responsabilità pari (o superiori) a quelle tedesche;

8. adottare la tattica dello zig-zag, alternativamente enfatizzando o sminuendo l'impatto del medesimo dato, a seconda delle necessità retoriche che il testo impone, di pagina in pagina;

9. recuperare la teoria del complotto *pro domo* propria: non ci fu né intenzione né, tantomeno, pianificazione e realizzazione da parte nazista di un genocidio contro gli ebrei mentre esiste senz'altro un progetto 'sionista' per diffamare la Germania attribuendole un passato così intollerabile per lucrare, da tale senso di colpa, denari a proprio vantaggio;

10. associare il silenzio e le omissioni adottati dai responsabili dello sterminio, mentre esso veniva perpetrato, alla sua inesistenza: i carnefici non hanno parlato perché non avevano nulla da dire, non avendo commesso nessun delitto;

11. chiedere ossessivamente una singola prova, sapendo che essa non esiste se non è mantenuta all'interno del contesto di eventi ove assume uno specifico significato (rischiando altrimenti la desementizzazione), e che per interpretare un fatto come lo sterminio occorre stabilire nessi logici attraverso una pluralità di prove»¹⁷.

¹⁷ Cfr. C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, p. 18. V. anche P. VIDAL NAQUET, *Gli assassini della memoria: saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma, 2008, p. 129.

La reazione alle fumisterie negazioniste si è dispiegata principalmente lungo tre direttrici: a rispondere per le rime ai “falsi storici” hanno provveduto dapprima gli storici di professione, che hanno anzi preso spunto dalle pseudo-confutazioni della realtà dell’Olocausto per raccogliere ulteriori evidenze circa l’incommensurabile abiezione dello sterminio nazista. Non è mancato un impegno sul versante culturale ed educativo, nella persuasione che le contraffazioni antisemite possano essere più efficacemente contrastate se si provvede a munire l’opinione pubblica di anticorpi democratici alimentati da una precisa, diffusa e insistita conoscenza di ciò che è stato e di ciò che non dovrà più essere. Si spiegano così campagne di formazione e informazione nelle scuole e nei programmi di approfondimento sui *mass media*¹⁸, senza dimenticare l’istituzione della c.d. giornata della memoria¹⁹. Infine, è stato investito il piano normativo, e segnatamente quello giuridico-penale, della sfida di prevenire e sanzionare espressioni ritenute altamente disturbanti per le dosi di “dissacrazione” e di “eversione” che iniettano nel discorso pubblico, intaccando acquisizioni assiologiche basilari dell’odierna coscienza europea²⁰.

Non v’è dubbio che le maggiori tensioni si siano accumulate proprio riguardo alla scelta, compiuta da diversi ordinamenti, di ricorrere allo strumento penale per censurare proposizioni avvertite come particolarmente pericolose e offensive. L’Italia non ha finora intrapreso la strada della criminalizzazione del negazionismo, e la rinuncia all’opzione penale si deve anche (ma non solo) alle obiezioni che tale soluzione ha sollevato nel recinto degli storici e in quello costituzionale e penalistico.

Peraltro, prima di ispezionare le narrazioni di questi ambiti disciplinari, pare opportuno svolgere un confronto preliminare nei due Paesi dove l’incriminazione del negazionismo ha sollevato problemi di legittimità costituzionale, risolti in modi diversi e con differenti argomentazioni.

¹⁸ Ciò che sembra sfuggire è che oggi più di ieri, a determinare le coordinate del dibattito pubblico in seno a un sistema di comunicazione di massa, è il *medium*, il contenitore dell’informazione e non necessariamente il contenuto di questa. L’informazione risulta così tanto più accattivante quanto più in grado di risultare polemica, perché capace di rendere plausibile ciò che, senza il *medium*, sarebbe altrimenti considerato inaccettabile. È il *medium* che consente di livellare le tesi, senza gerarchizzarle, attraverso un relativismo metodologico che spiana la strada all’esaltazione dell’equivalenza morale tra opposte versioni e alla curvatura delle interpretazioni a seconda delle convenienze occasionali e di parte. In argomento cfr. M. PERNIOLA, *Contro la comunicazione*, Torino, 2004.

¹⁹ Sulle ambiguità delle *lois memoriéelles* e sulle trappole della mnemotecnica cfr. le stimolanti riflessioni di A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 7 ss.; e il bilancio stilato da G. NAVARINI, *Ri-membrare con la Shoah implica altro e «altri»*. Note sul fallimento di una cerimonia ufficiale, in *Etnografia e ricerca qualitativa*, 2010, pp. 349 ss. In tema v. anche F. FOCARDI, *Rielaborare il passato. Usi pubblici della storia e della memoria in Italia dopo la prima Repubblica*, in G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, pp. 409 s.

²⁰ Sul negazionismo come attacco a beni strumentali all’identità dell’Unione europea v. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, pp. 97 s.

3. Giurisprudenze costituzionali a confronto.

Cominciano ad abbondare analisi raffinate di diritto comparato sulla penalizzazione del dire negazionista, sì da poter fare loro diretto rinvio²¹. Come si diceva, ai fini della presente elaborazione risulta più utile soffermarsi sulla composizione che la Corte costituzionale tedesca e quella spagnola hanno dato al conflitto tra valori acceso dalla criminalizzazione del discorso negazionista.

Partiamo, ovviamente, dalla Germania, uno dei primi Stati europei a varare nel proprio codice penale una fattispecie di reato volta a punire la c.d. *Auschwitzlüge*. Al §130 StGB è stato aggiunto nel 1994 un terzo comma, con il quale si punisce «chi pubblicamente o in una riunione, approva (*billigt*), nega (*leugnet*) o minimizza (*verharmlost*) le azioni commesse durante il periodo nazionalsocialista contemplate dal § 6 comma 1 del codice penale internazionale (*Völkerstrafgesetzbuch - VStGB*) in maniera idonea a turbare la pace pubblica». Sull'onda del c.d. caso Deckert, il legislatore tedesco ha preso atto dell'impossibilità di riportare le condotte materiali tipiche alla fattispecie di istigazione all'odio razziale. In particolare, al § 130 StGB sfuggivano gli estremi della c.d. *einfache Auschwitzlüge* o negazionismo semplice o puro, parole che oggi risultano incriminate esclusivamente in ragione della loro carica abolitiva della realtà dello sterminio nazista, senza che rilevi l'accertamento di altre condizioni di pericolo. Peraltro, grazie alla nuova disposizione viene "catturata" non solo la semplice negazione, ma anche la minimizzazione (qualitativa e quantitativa) e l'approvazione, sicché la norma finisce col potersi applicare anche ad autori appartenenti al filone revisionista e giustificazionista.

All'ampliamento delle condotte punibili ha corrisposto l'innesto di alcuni correttivi: la pena (detentiva fino a cinque anni o pecuniaria) è assicurata solo per negazioni che abbiano a oggetto atti criminosi commessi durante il regime nazionalsocialista, senza riguardo per la negazione di altri genocidi o di altri crimini contro l'umanità. Inoltre, si richiede che le proposizioni siano state espresse pubblicamente, o almeno in una riunione, e che siano consistite in esternazioni suscettibili di ledere la pace pubblica: viene dunque inserita una clausola di offensività,

²¹ Cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, pp. 30 ss.; 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*, n. 3/2011, pp. 154 ss.; G. GAVAGNIN, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, Padova, 2006, pp. 199 ss. J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 1193 ss.; I. SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 1921 ss.; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Rass. parlam.*, 2007, pp. 857 ss.; A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, pp. XIII ss.; 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, pp. 371 ss.; G. POGGESCHI, *Diritto e memoria: fra condanna dei genocidi e rielaborazione del passato*, in F. BERTI-F. CORTESE, *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, Milano, 2008, pp. 200 ss. Per uno sguardo d'insieme v. anche L. PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Toward a (qualified) EU-wide Criminal prohibition*, in L. HENNEBEL-T. HOCHMANN (a cura di), *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011, pp. 185 ss.; R.S. WISTRICH (a cura di), *Holocaust Denial. The Politics of Perfidy*, Berlin, 2012.

tipica di molte legislazioni europee, che subordina la pena alla creazione di un pericolo per un bene collettivo²².

Orbene, la Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*), con sentenza del 13 aprile 1994, poco prima dell'introduzione della nuova norma, ha stabilito la legittimità di interventi legislativi volti a limitare la libertà di espressione e a sanzionare opinioni offensive della memoria di Auschwitz²³. La Corte ha affermato che la negazione dello sterminio degli ebrei durante la dittatura nazista non è coperta dalla tutela costituzionale che l'art. 5 della Legge Fondamentale appresta per la libertà di opinione. Per arrivare a questa conclusione, la Corte ha tracciato una impegnativa e controversa distinzione tra fatto e opinione. Secondo i giudici di Karlsruhe, le asserzioni di fatti sono protette in misura diversa dalla libera espressione di opinioni, e in particolare solamente nel caso in cui costituiscano la base per la formazione di un'opinione. Se, invece, le asserzioni di fatti non possono puntellare la formazione di un'opinione – perché imprecise o *ictu oculi* false – esse si sottraggono alla garanzia costituzionale²⁴.

La Corte applica questa distinzione alle affermazioni negazioniste, escludendo che possano essere attratte nell'orbita delle manifestazioni del pensiero, risultando al contrario asserzione su un fatto e, come tali, meritevoli di tutela solo a patto di concorrere alla formazione di un'opinione. Siccome le asserzioni relative al fatto dell'inesistenza di persecuzioni naziste verso gli ebrei esprimono falsità ampiamente comprovate, esse si mostrano insuscettibili di fondare alcuna opinione. Da questa premessa, la Corte trae la conseguenza della legittimità di una incriminazione a tutela dei diritti della personalità, contro offese ritenute più gravi della restrizione che si apporti alla libertà di espressione. In assenza di una norma specifica, riconosciuto alle espressioni il carattere di offesa dei diritti della personalità, le ritengono riconducibili alla norma generale sull'ingiuria (§ 185).

In estrema sintesi, secondo i giudici tedeschi la Costituzione non protegge le asserzioni sui fatti nello stesso modo in cui protegge le opinioni, essendo la protezione nel primo caso condizionata alla verifica della verità dei fatti asseriti: se questi sono conclamati nella loro falsità, la relativa espressione non è tutelata e prevale la protezione dei diritti della personalità.

²² Sulla modifica del § 130 StGB a opera del *Verbrechensbekämpfungsgesetz* del 1994 cfr. D. BEISEL, *Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge*, in *Neue Jur. Woch.*, 1995, p. 997; S. HUSTER, *Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht*, in *Neue Jur. Woch.*, 1996, p. 487; T. WANDRES, *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, Berlin, 2000, pp. 123 ss.; K. KÜHL, *Auschwitz-Leugnen als strafbare Volksverhetzung?*, in K. BERNSMANN-K. ULSENHEIMER (a cura di), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, Köln, 2003, pp. 103 ss.

²³ Cfr. BVerG, 13 aprile 1994, in *BVeGe* 90, 274, e in *Giur. cost.*, 1994, pp. 3379 ss., con nota di M.C. VITUCCI. Per alcune note critiche alla pronuncia v. S. HUSTER, *Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht*, in *Neue Jur. Woch.*, 1996, pp. 487 ss.

²⁴ Solo nei casi in cui la distinzione tra opinione e asserzione su fatti non sia possibile o risulti troppo difficile si deve considerare il comportamento come manifestazione di opinione per non limitare considerevolmente questo diritto fondamentale.

Passiamo alla Spagna. Il 7 novembre 2007, con la pronuncia n. 235, il *Tribunal Constitucional* ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 607, comma 2, c.p. che punisce con la detenzione fino a due anni «la diffusione attraverso qualsiasi mezzo di idee o dottrine che neghino o giustifichino i delitti tipizzati nel comma precedente di quest'articolo, o pretendano la riabilitazione di regimi o istituzioni che proteggono pratiche che generano questi stessi delitti»²⁵.

La sentenza si occupava del c.d. caso Varela, proprietario e direttore di una libreria di Barcellona che pubblica, distribuisce e vende libri, *compact disc* e altri materiali dal contenuto negazionista sulla persecuzione e sull'Olocausto prima e durante la seconda guerra mondiale, condannato in primo grado, che lamentava il contrasto della figura delittuosa con il diritto costituzionalmente garantito alla libera manifestazione del pensiero (art. 20, comma 1, Cost.).

Appellandosi a una precedente sentenza (la n. 214 dell'11 novembre 1991), i giudici di Madrid, messi di fronte al conflitto tra il valore della dignità (art. 10 Cost.) e quello della libertà di espressione, finiscono per ritenere «non punibile la mera trasmissione di idee, nemmeno nei casi in cui si tratta di idee esecrabili in quanto risultano contrarie alla dignità umana che costituisce il fondamento di tutti i diritti che la Costituzione enumera e, quindi, del nostro sistema politico».

Risultano tutelate pertanto anche opinioni contrarie all'essenza medesima della Costituzione, salvo che queste ultime non violino altri e diversi beni di pari rilievo costituzionale; in questo caso la libertà di manifestazione del pensiero potrà essere legittimamente limitata e la violazione di tali limiti assistita da sanzione penale.

Anche in questo caso la Corte ha proceduto a una distinzione, che instrada però su binari diversi da quelli percorsi dai giudici tedeschi. Il *discrimen* viene tracciato tra negazione e giustificazione di un genocidio e, paradossalmente, quest'ultima conserva il manto della punibilità nel caso in cui le condotte a essa riconducibili costituiscano una istigazione indiretta a commettere un genocidio.

Si noti che la sentenza venne emessa nonostante quattro voci dissenzienti, due delle quali ammonivano circa l'opportunità di considerare le recenti tendenze del diritto comparato in materia e di non sposare concezioni della libertà di espressione tipiche dell'esperienza statunitense, ma aventi scarse radici sul suolo europeo²⁶.

Le due pronunce esprimono orientamenti opposti su una medesima questione.

Al fondo, e nonostante la pronuncia spagnola rimanga finora isolata nel panorama della giurisprudenza costituzionale europea²⁷, ai nostri fini interessa mettere

²⁵ Cfr. STC 7 novembre 2007, n. 235, in *BOE*, 295/2007 (supplemento), pp. 42 ss. Per un primo commento v. E. FRONZA- V. MANES, *Il reato di negazionismo nell'ordinamento spagnolo: la sentenza del Tribunal Constitucional n. 235 del 2007*, in *Ius17@unibo.it*, 2/2008, pp. 489 ss.

²⁶ Per un compendio delle critiche alla sentenza cfr. A. TORRES PÉREZ, *La negación del genocidio ante la libertad de expresión: las inconsistencias de la STC 235/2007 al descubierto*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2007, pp. 1631 ss.; J.A. RAMOS VÁSQUEZ, *La declaración de inconstitucionalidad del delito de "negacionismo"*, in *Revista Penal*, 23/2009, pp. 120 ss. V. anche J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 1214 s.

²⁷ Recentemente, il *Conseil constitutionnel* francese, con *Décision* 28 febbraio 2012, n. 2012-647 DC, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la legge che reprime le condotte di contestazione e di

in risalto l'esito del bilanciamento: quando la libertà di espressione collide con la dignità umana, sprigionano scintille. La Corte costituzionale tedesca, pur avventurandosi in una scivolosa distinzione tra fatti e opinioni²⁸, fa prevalere la tutela della dignità. Il Tribunale costituzionale spagnolo, invece, pare cadere in una vistosa contraddizione: dopo aver riconosciuto il valore fondamentale, tipico dei super-limiti, della dignità umana, ammette che sia vulnerata dalla libertà di espressione, che viene così collocata sullo stesso scalino assiologico²⁹.

4. Le contro-mosse della storiografia.

Volgendoci ora a esaminare l'atteggiamento assunto dagli storici sulle forme di contrasto al negazionismo, si è già accennato all'indirizzo dominante, contrario alla punibilità del negazionismo e persuaso che non ci si possa né debba sottrarre al confronto con chi si diletta ad abolire il reale, a nullificare realtà condivise, a derealizzare ciò che è avvenuto.

Il contraddittorio sulla *Shoah*³⁰ andrebbe accettato quale strada maestra per ... "confutare le confutazioni". L'autopsia del discorso negazionista, à la Vidal Naquet³¹, parrebbe la via più indicata per smascherare l'impostura e la più coerente con un sistema democratico in cui la libertà di parola e di ricerca dovrebbe essere garantita a tutti.

La storia insegnerebbe che le idee fallimentari, le false credenze, sono esse stesse responsabili della loro caduta, da propiziare attraverso una contesa di marca esclusivamente culturale, facendo leva sul fatto che talune proposizioni negazioniste sono talmente odiose e grossolane da provocare repulsione anziché adesione nel

minimizzazione dei genocidi "riconosciuti come tali dalla legge francese". Peraltro, tale pronuncia non riguarda la legittimità del reato di negazionismo, che passa indenne il vaglio di costituzionalità, ma la violazione dell'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo compiuta attraverso un generico e indeterminato rinvio ai crimini «riconosciuti come tali dalla legge francese». Sul punto v. F.M. BENVENUTO, [Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell'esistenza dei genocidi "riconosciuti come tali dalla legge francese"](#), in questa Rivista, 21 marzo 2012, pp. 1 ss.

²⁸ Per questa critica alla sentenza tedesca cfr., tra gli altri, G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, p. 115.

²⁹ Per un'interessante analisi della giurisprudenza canadese e statunitense in materia cfr. C.M. CASCIONE, *Negare le ingiustizie del passato: libertà o divieto?*, in G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, pp. 466 ss.

³⁰ La questione di dare un nome al genocidio degli ebrei e ad altri genocidi è davvero complessa, perché ogni soluzione terminologica presta il fianco a obiezioni. Nel testo, per comodità espositiva, si è optato per utilizzare i termini "Shoah" e "Olocausto" come sinonimi. Sul punto cfr. però AV. SULLAM CALIMANI, *I nomi dello sterminio*, Torino, 2001.

³¹ P. VIDAL NAQUET, uno dei maggiori antichisti del '900, perse padre e madre ad Aushwitz. Ancorché abbia sempre manifestato una fiera intransigenza nei confronti dei negazionisti, ritenendo che, siccome l'analisi del negazionismo consiste nell'anatomia di un falso, con costoro non ci si possa confrontare seriamente sul piano scientifico, Vidal Naquet si è battuto perché venisse riconosciuto il diritto dei negazionisti a manifestare pubblicamente il proprio pensiero senza incorrere in reazioni giudiziarie.

pubblico, mentre un loro autoritario soffocamento correrebbe il rischio di radicalizzarle.

Dietro l'apertura di credito a una dialettica ad armi pari, si cela verosimilmente una doppia preoccupazione, l'allarme che la verità storica venga imposta per legge o attraverso le pronunce di un tribunale. Si teme un esercizio abusivo della professione di storico da parte del legislatore e del giudice, un'intrusione che rischia di cristallizzare in modo incontrovertibile una verità in perenne divenire, suscettibile di essere ulteriormente definita e compresa col passare degli anni e col progredire delle ricerche. Anche se questa verità porta le stimate della *Shoah*.

La posizione degli storici paventa un ingorgo di interferenze tra cognizioni storiografiche poste a fondamento di una legge o di una sentenza e libertà della ricerca storiografica, illimitata anche quando si ciba di falsi. Si contesta, retoricamente, la possibilità di "processare la storia", di giudicare il metodo storico, di comprimere, per via normativa prima e giudiziale poi, la libertà di un personale percorso di studio e ricerca³². Si denuncia una sovrapposizione tra verità storica e verità processuale, il rischio di confinare ed esaurire l'accertamento storico nelle aule di giustizia, di padroneggiare il passato attraverso pronunciamenti dotati dei crismi dell'*auctoritas* e della definitività, propri delle sentenze passate in giudicato³³.

Le intersezioni tra processo penale, ricostruzione della storia e formazione di una memoria condivisa impensieriscono: in particolare, l'attribuzione ai giudici del potere di stabilire "come sono andate le cose" li trasformerebbe in arbitri della storia, in fabbri della memoria, con una sopraelevazione di scopi che può dare luogo a un corto circuito, avvalorando una "eticizzazione" del diritto penale, in contrasto con una visione laica e liberale del giure punitivo.

Ancora, gli storici puntano il dito contro due questioni assai discusse, che la punibilità del negazionismo vorrebbe tranciare come nodi gordiani: la controversia circa la c.d. unicità di Auschwitz e l'articolazione di una necessaria e non facile differenziazione tra c.d. revisionisti e negazionisti.

Nel primo caso, non tutti concordano nell'attribuire ad Auschwitz caratteristiche tali da ergere l'Olocausto degli ebrei ad archetipo genocidiario, e la cui memoria abbisognerebbe di una tutela penale rafforzata, e "negata" invece ad altri democidi, pur storicamente documentati.

Nel secondo, prevale la cautela contro la tentazione di fare di tutte le erbe un fascio, assommando l'opinione di quanti non negano l'evento *Shoah* come accadimento

³² Da ultimo, richiamando la tutela rafforzata di cui gode l'art. 33, comma 1, Cost. v. A. PUGIOTTO, [Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale](#), in *questa Rivista*, 15 luglio 2013, p. 13. Anche se, sia consentito osservare che anche di questa libertà non pare si possa predicare il carattere assoluto, negando per tale via la possibilità di bilanciamenti con altri valori e legittimando, di fatto, qualsiasi tipo di abuso.

³³ Cfr. in senso critico I. ROSONI, *Lo storico alla sbarra. La perizia storica nel processo penale*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2009, pp. 181 ss.; M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, pp. 183 ss. Per una riconsiderazione del tema cfr. P. PEZZINO, *Lo storico come consulente*, in G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, pp. 83 ss.

storico, ma polemizzano su talune connotazioni qualitative e quantitative, a quella di coloro che invece contestano in radice la realtà dello sterminio nazista.

Ora, passate in rassegna le principali riserve di chi vede nel passato un intervallo dove ci sarebbe poco o nulla di immodificabile, ma tutto potrebbe essere riletto senza vincoli autoritativi e cronologici (tipici invece del sindacato giudiziale), si ha l'impressione che l'enfasi sulla pur rilevante questione teorica della disponibilità/indisponibilità della storia, della verità e della memoria, allontani da quello che, più modestamente, è il fulcro dell'accertamento giurisdizionale, e cioè la verifica della fondatezza di un'ipotesi accusatoria che riguarda la commissione di un reato e la sua riconducibilità a chi si suppone ne sia l'autore.

Perché, allora, non riconoscere che la diffusione di contenuti falsi reca, come primo risultato lesivo, un'offesa alla dignità delle vittime, dei loro discendenti e di tutti quanti appartengano al gruppo colpito dalla menzogna storica? È su questa lesione, come si argomenterà più approfonditamente in seguito, che il giudice è chiamato a intervenire, non già sulla priorità di verità storiche. Com'è stato correttamente osservato, «quella lesione è affare del diritto e nessuna invocazione dell'autonomia della storia e della scienza storiografica rispetto al diritto può valere a sottrarre al giudice il diritto e il dovere di pronunciarsi a proposito della lesione della dignità»³⁴.

Non si tratta di usurpare il mestiere dello storico. Nei giudizi relativi a fatti di negazionismo, i giudici sono chiamati a bilanciare beni costituzionali come la libertà di espressione e la dignità delle vittime di espressioni ingiuriose. Anche quando il giudizio dovesse sfiorare questioni di metodo storiografico, oppure chiamare in causa "verità storiche", va ricordato che ciò avviene sulla base di un presupposto che i giudici danno per scontato. Ovvero, «che una verità storica sulla questione "Shoah" ci sia, e che sia stata discussa e definita, almeno nei suoi aspetti fondamentali, nel corso del processo di Norimberga»³⁵.

Rispetto alla temuta confusione dei ruoli del giudice e dello storico, anche qui è benvenuta l'indicazione a sdrammatizzare l'incrocio di due professionalità che contribuiscono validamente alla ricerca della verità storica, «l'uno attraverso il rigore della procedura giudiziaria volta all'esame dell'attendibilità di testimonianze e prove, l'altro attraverso lo scrupolo di una ricostruzione storiografica fondata su prove certe. Ciò presuppone che si accetti che tanto la nozione di prova quanto quella di verità siano elementi costitutivi del mestiere del giudice come di quello dello storico e che le prove, come le testimonianze, possano servire per approdare alla conoscenza della verità storica. (...) E se è vero che tra verità storica e verità legale non può mai esserci una totale assonanza, è vero anche che il paradigma giudiziario, a meno di non voler

³⁴ Cfr. D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, 2012, p. 89.

³⁵ Cfr. D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, pp. 91 s.: «Delle due, allora, l'una: o si mette in discussione la legittimità dell'intervento giudiziario su questioni di negazionismo perché si ridiscute, in radice, la legittimità stessa del paradigma posto a Norimberga, insieme a quella "pretesa di verità" che animò il processo, oppure si dà per consolidato quest'ultimo e si ammette, di conseguenza, la legittimità del confronto-dialogo tra il giudice e la storia nei processi relativi al negazionismo».

rinnegare se stesso, neppure può disattendere l'ambizione di realizzare una tendenziale convergenza tra quelle due verità»³⁶.

La problematica si sposta dunque sul piano processuale, dove, una volta varata una incriminazione precisa e dettagliata, calibrata sulla negazione di fatti puntuali come le camere a gas e i forni crematori (v. par. 12), non si vedono sufficienti controindicazioni a considerare questi dispositivi di morte alla stregua di un fatto notorio (art. 115 c.p.c.) o di una massima di esperienza, che non abbisogna di ulteriori delucidazioni³⁷. Il processo penale non dovrebbe volgersi a ricostruire l'esistenza delle camere a gas e dei forni crematori, ma a verificare il fatto della negazione, dando l'esistenza delle camere a gas o di altri segni distintivi e acclarati della *Shoah* come elementi informativi presupposti e sottratti alle dinamiche dell'accertamento³⁸.

Sia consentita un'ultima notazione sul punto. Diversamente da altri Paesi, in Italia, finora, la questione del negazionismo è stata affrontata quasi esclusivamente in seno al dibattito storiografico. Gli storici di professione si sono incaricati di arginare il fenomeno, di screditare i negazionisti contro-esaminando prove e documenti, verificando cifre e dati, quasi che la resistenza al negazionismo fosse una battaglia tutta interna al loro campo disciplinare. Questa impostazione, pur utile, rischia nondimeno di essere riduttiva e fuorviante. Si è costretti a provare ciò che è successo, assumendo un atteggiamento difensivo che finisce per accettare e confortare l'impostura: «contraddire il negazionista, che si trincerava nel luogo della sua negazione, significa legittimarlo»³⁹.

Si tenga presente che è molto più efficace negare ogni qualità scientifica di un autore, anziché affermare la falsità delle sue affermazioni. Prendersi il disturbo di falsificare un discorso che si vuole scientifico, significa certo dire che è erroneo e che quindi dev'essere scartato, ma non significa dire che non è scientifico. Al contrario, significa dire che è scientifico, «poiché significa riconoscere che è falsificabile e discutibile. In altre parole, occorre riconoscere che stabilire in nome della verità storica la falsità della tesi negazionista è controproducente perché invece di annullare il discorso del negazionista lo si fa esistere come discorso scientifico in quanto si accetta

³⁶ Cfr. D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, 2012, pp. 92 s.

³⁷ Cfr. per questa osservazione G. POGGESCHI, *Diritto e memoria: fra condanna dei genocidi e rielaborazione del passato*, in F. BERTI-F. CORTESE, *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, Milano, 2008, p. 222.

³⁸ Che sia questa la strada maestra lo conferma anche la giurisprudenza della Corte EDU: con riferimento a una presunta violazione dell'art. 6 CEDU, la Commissione nel caso Marais (decisione del 24 giugno 1996 sul ricorso n. 31159/96 Marais c. France) ha affermato che non calpesta il principio del giusto processo il comportamento del giudice che rifiuta di autorizzare le prove di fatti contrari a una verità storica consolidata, la cui negazione risulta come tale diffamatoria. Ancora, nel caso T. c. Belgique, 14 luglio 1983 sul ricorso n. 9777/82, la Commissione ha ricordato che i crimini commessi ad Auschwitz non appartengono solo alle scienze storiche e che le famiglie delle vittime continuano ad avere il diritto a una protezione della memoria dei loro parenti.

³⁹ D. DI CESARE, *Se Auschwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Genova, 2012, p. 9.

l'idea stessa del discuterlo per rifiutarlo, e così facendo lo si legittima come un discorso degno di essere preso in considerazione»⁴⁰.

Regna uno strano ottimismo, misto a paternalistica indulgenza e a un sornione senso di superiorità scientifico-culturale: circola l'idea che i negazionisti siano in buona fede, che negano perché non sanno, ché, se sapessero, se conoscessero come sono andate realmente le cose, non negherebbero. Che il confronto di idee sostenute da un'accurata documentazione storica li metterà di fronte all'evidenza dei loro errori grossolani, persuadendoli a rettificare una posizione storiograficamente insostenibile.

Senonché, mettere nelle mani esclusive degli storici la partita della demistificazione può rivelarsi un errore, perché, posta l'attenzione sul "come" delle negazioni, rimane in ombra il quesito sulle ragioni che inducono il negazionista a negare. Verrebbe da dire, parafrasando Clemenceau, che il negazionismo è un affare troppo serio per affidarlo solo agli storici di professione. Questi non sembrano considerare a sufficienza che i negazionisti non sono mossi, nelle loro cripto-ricerche, dall'aspirazione all'obiettività, ma da robuste venature ideologiche, screziate di antisemitismo e fondamentalismo⁴¹. Pochi e squalificati (i più noti sono Robert Faurisson e David Irving), i negazionisti hanno costruito nuove strategie comunicative e profittato del sorgere di movimenti neonazisti per ottenere attenzione dai *media*, innescando e irrorando temibili riflussi xenofobi⁴².

Una minore ingenuità e una più precisa consapevolezza del retroterra ideologico che muove i negazionisti aiuterebbe a riconoscere un particolare decisivo, il cui peso compromette *ab imis* le *chance* di successo di un confronto libero fra tesi antagoniste: «il discorso negazionista muove da una menzogna. E la difficoltà del confronto con un interlocutore che muove da una menzogna assoluta non è da poco e rende assai improbabile "l'incontro delle verità": tale effetto, per quanto auspicabile, rischia di restare una mera chimera; e la verità (che in questo caso esiste, è la verità storica e, per convenzione, è nota col nome di *Shoah*) corre il pericolo di uscire compromessa, se non schiacciata, da coloro che non soltanto la negano, impegnandosi altresì alacremente a diffondere l'impostura»⁴³.

Arrivati a questo punto, si obietta che, finora, le leggi che incriminano le parole di chi nega l'Olocausto non hanno eliminato il problema⁴⁴. Ma, messa così la questione,

⁴⁰ Cfr. O. CAYLA, *La madre, il figlio e la piastra elettrica*, in G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, tr. it. di E. BOTTINI, Napoli, 2012, p. 492.

⁴¹ Sull'antisemitismo in Italia, *ex plurimis*, cfr. M. SANTERINI, *Antisemitismo senza memoria. Insegnare la Shoah nella società multiculturale*, Roma, 2005.

⁴² Con l'appoggio alla causa negazionista dell'ex presidente iraniano Ahmadinejad si è ulteriormente diffusa, soprattutto nel mondo arabo, una visione riduttiva e minimizzatrice della *Shoah*, vista come mito fondatore dello Stato di Israele più che come evento cruciale del Novecento europeo. Sul negazionismo nei Paesi arabi e musulmani cfr. C. VERDELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, pp. 142 ss.

⁴³ Cfr. D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, 2012, p. 46.

⁴⁴ Accanto a questa obiezione, ve n'è un'altra, altrettanto frequente, espressiva della preoccupazione che la penalizzazione delle parole dei negazionisti, oltre ad amplificare i contenuti delle loro tesi, a mo' di megafono, li metta nelle condizioni di assurgere al rango di vittime di una persecuzione politico-

è facile ribattere: perché, la “strada lunga” del confronto con chi è risolutamente, incrollabilmente, ideologicamente schierato dalla parte del torto, l’ha forse risolto?⁴⁵ E soprattutto: non si rischia di alimentare una dannosa incompatibilità/incomunicabilità tra due approcci (culturale/scientifico vs normativo/giudiziario), quando invece più appaganti risultati potrebbero conseguirsi affiancando al decisivo impegno nella sfera dell’educazione, del dibattito pubblico, della metodologia della ricerca, l’intervento del diritto, e del diritto penale in particolare, in veste di *ultima ratio*?⁴⁶ (v. *infra* par. 12).

5. Unicità di Auschwitz e della sua negazione.

Resta da dire sull’opportunità di introdurre una norma che allarghi il raggio della punibilità alla negazione di genocidi diversi da quello del popolo ebraico e sulla differenziazione tra revisionisti e negazionisti.

È bene chiarire che soffermare l’attenzione su Auschwitz non significa tacere dei genocidi, dei crimini e dei massacri commessi nel mondo. Non è questa la sede per prendere partito, né per stilare classifiche o impartire un’insensata *deminutio* di altre immani tragedie che hanno costellato e costellano la storia dell’umanità: al di là del numero delle vittime e delle modalità dello sterminio, un crimine di massa resta tale e come tale va ricordato, perseguito e, a maggior ragione, prevenuto quando ve ne sia la possibilità.

giudiziaria, portando in dote, per una sorta di eterogenesi dei fini, una insperata simpatia. Così E. FRONZA-A. GAMBERINI, [Le ragioni che contrastano l’introduzione del negazionismo come reato](#), in *questa Rivista*, 29 ottobre 2013, p. 6. Deve però considerarsi che, nonostante “i timori della vigilia”, finora le sentenze di condanna rese in Europa a carico dei negazionisti non pare li abbiano trasformati in martiri della libertà di espressione, ma hanno convalidato l’idea, già diffusa nel sentire comune, che essi, dicendo il falso, hanno offeso la dignità delle vittime e dei sopravvissuti alla Shoah.

⁴⁵ Conclude il suo bellissimo saggio A. PUGIOTTO, [Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale](#), in *questa Rivista*, 15 luglio 2013, p. 18: «Se useranno violenza materiale, andranno certamente processati e puniti. Se, invece, si limiteranno all’uso violento della parola, meglio lasciarli farneticare, i tanti razzisti, omofobi, antisemiti, negazionisti, odianti l’altro da sé. E avere fiducia nella dialettica che Platone chiamava – nel *Sofista* – “la scienza degli uomini liberi” ...». Sarà, ma a me pare conclusione eccessivamente consolatoria. La fiducia nella dialettica finora non ha pagato. La dialettica non ha fatto desistere i negazionisti dalle loro convinzioni né ha smussato i toni delle invettive. Bisogna intendersi poi sul significato della dialettica: cosa vuol dire, organizzare incontri in piazza tra negazionisti e sterminazionisti? Così si fornisce loro ulteriore eco, addirittura maggiore a quella riscontrabile nelle aule di tribunale, per tacere delle contestazioni pubbliche che rischierebbero di farli passare, questa volta sì, come martiri della libertà di espressione.

⁴⁶ Cfr. C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, p. 218: «la c.d. *via breve*, e cioè il diritto penale, di per sé non esclude e, semmai, potrebbe affiancare e corroborare la indispensabile *via lunga*: anzi, quanto più quest’ultima prefigura una “terapia” di lungo periodo, tanto più potrebbe rivelarsi opportuno contenere gli effetti del fenomeno nel breve periodo, proprio per scongiurare il rischio che si producano effetti che pregiudichino o indeboliscano il perseguimento dell’obiettivo cui si tende (o anche perché, prendendo a prestito una famosa battuta polemica di Keynes, “nel lungo periodo saremo tutti morti”»).

Circa la *vexata quaestio* dell'incomparabilità dell'evento *Shoah*, Auschwitz può ben dirsi una figura paradigmatica del male⁴⁷. Secondo Brunetau, «molto più che un evento senza precedenti, Auschwitz costituisce una sintesi unica dei diversi elementi che si trovano in altri crimini o genocidi». L'aspetto che più merita di essere rimarcato è il suo carattere estremo: «la *Shoah* è estrema perché in essa si trovano uniti tutti i momenti del processo genocidiario che invece in altri avvenimenti genocidiari non sono presenti o comunque non tutti insieme: pratiche di lento annientamento con la ghettizzazione, omicidi collettivi in aree ritenute strategiche, e infine omicidio di massa *in toto*»⁴⁸.

Nell'esperienza di Auschwitz si fondono l'universale della spietatezza e il particolare delle camere a gas. Minimizzare e normalizzare questa devianza, come si divertono a fare i negazionisti⁴⁹, fa perdere di vista la carica di morte insita nella razionalità tecnologica, allontana lo spettro della gabbia burocratica in cui si muovevano i volenterosi e indifferenti carnefici di Hitler⁵⁰, rimuove l'orrore dei trattamenti disumani e degradanti inflitti ai detenuti: insomma, offusca le ragioni che rendono quel campo di sterminio un luogo/evento fondativo, prima ancora che dell'attuale modo di stare assieme in Europa⁵¹, di una nuova sensibilità nei confronti dei concetti di (soglia e confine del) male, di violenza, di sofferenza, agiti da uomo a uomo.

È in questo esercizio di sottrazione e rarefazione dei tratti più indigesti dell'Olocausto che si può riconoscere una specialità tale da consentire la costruzione di un limite all'espressione negazionista, da taluno configurata essa stessa come "omicidio" (o "assassinio della memoria") perché, tentando di nascondere l'aberrazione del progetto criminoso nazista, cela l'enormità del sopruso agli occhi e agli animi di chi non vi ha personalmente assistito, così riproducendo l'annientamento dei singoli e del popolo vittima dei massacri e cancellando – come se non fossero mai nati – tutti coloro che sono stati uccisi nei campi di sterminio e dei quali si nega la morte.

Bisogna inoltre considerare che di negazionismo in senso stretto, la narrazione di coloro che smentiscono realtà assodate e riconosciute da tutti, vi è – per l'appunto – solo il caso della *Shoah*, venuto alla ribalta negli anni Settanta e poi amplificato negli anni Novanta a opera di un ristretto manipolo di storici autoproclamatisi tali. Altre vicende presentano contorni storici e politici controversi e ancora in via di definizione,

⁴⁷ Cfr. F. RELLA, *Figure del male*, Milano, 2002.

⁴⁸ Cfr. B. BRUNETAU, *Il secolo dei genocidi*, Bologna, 2005, p. 169. In tema v. anche Z. BAUMAN, *Modernità e Olocausto*, tr. it. di M. BALDINI, Bologna, 1992, pp. 125 ss.; A. FOA, *Genocidi a confronto: una riflessione sull'unicità della Shoah*, in F. BERTI- F. CORTESE, *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, Milano, 2008, pp. 55 ss. Per P. RICOEUR, *Tempo e racconto*, Milano, 1988, p. 273, «le vittime di Auschwitz sono nella nostra memoria, per eccellenza, i delegati di tutte le vittime della storia».

⁴⁹ Minimizzare, banalizzare, giustificare, normalizzare sono classici esempi di tecniche di neutralizzazione, sulle quali v. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, pp. 499 ss.

⁵⁰ L'ovvio riferimento è a D. GOLDHAGEN, *I volenterosi carnefici di Hitler*, Milano, 1997.

⁵¹ D. DI CESARE, *Se Auschwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Genova, 2012, pp. 107 ss.

che ne sconsigliano la riproduzione in una norma penale sia perché intorno a taluni eventi drammatici e luttuosi si svolgono da anni, in tutto il mondo, *history wars*, guerre d'interpretazione che non riguardano solo gli storici ma, spesso, governi e Stati, popoli e minoranze, vittime e carnefici; sia perché, non di rado, la conoscenza storica viene manipolata, travisata, e resa funzionale alla riabilitazione o alla condanna in nome di interessi politico-ideologici⁵².

Si pensi al genocidio degli Armeni (il famigerato articolo 301 del codice penale turco – che ha permesso di portare in tribunale per «offese alla turchità» centinaia di persone, tra cui il Premio Nobel Pamuk, ree di ricordare il massacro degli Armeni – rappresentava la minaccia più pesante che lo Stato turco poneva su chi volesse parlare di genocidio) e al negazionismo turco e alle dure proteste del governo di Ankara contro la legge francese che punisce chi nega le stragi degli Armeni.

Ancora: si pensi alla possibilità di applicare il termine genocidio a situazioni come la carestia in Ucraina nel 1932-1933 (c.d. *Holodomor*, uccisione per fame), che causò la morte di almeno 5 milioni di persone (altre stime parlano di 7 e il governo ucraino di 10) in seguito a direttive politiche del regime staliniano per piegare l'opposizione contadina alla collettivizzazione⁵³.

Anche la conoscenza delle vittime del comunismo può ormai dirsi ben documentata. Il sistema dei *gulag* russi dopo le denunce di Solženicyn, Salamov e Grossman, la discussione sul colonialismo francese in Algeria, la *querelle* sulle conseguenze delle dittature in Cile, Argentina e Uruguay, la questione irlandese e la responsabilità della Gran Bretagna nella carestia degli anni 1845-1852, la tragedia ruandese e quella balcanica, etc., anche questi eventi sanguinosi meritano di trovar posto e tutela in sede penale? Il punto è che – diversamente dalla negazione della *Shoah* – nessuno nega che tali accadimenti siano accaduti. Ci possono essere diverse chiavi interpretative, può discutersi sui numeri, ma in nessuno di questi casi viene messa in dubbio la realtà degli eccidi.

Legata a questa considerazione è l'istanza, da accogliere ove si intendesse procedere con un'incriminazione *ad hoc*, a non confondere negazionisti e revisionisti: l'argomentazione revisionista non rimuove, non nega eventi accertati, quali lo sterminio di massa di una parte della popolazione per motivi razziali, l'esistenza – e l'utilizzo a tale scopo – delle camere a gas, il fatto che i crimini furono commessi non già da un gruppo ristretto di invasati, bensì attraverso politiche di Stato pienamente legali all'epoca del genocidio ebraico. A storicizzazioni, revisioni, puntualizzazioni più o meno fondate si reagisce con la forza del pensiero e dello studio, attingendo a un dibattito serio che non prevede l'ingombro della sferragliante catena della giustizia penale. Per quanto non condivisibili, le tesi che ridimensionano, minimizzano,

⁵² Sui rischi della storia scritta dai vincitori cfr. J. SÉMELIN, *Purificare e distruggere. Usi politici dei massacri e dei genocidi*, tr. it. di V. ZINI, Torino, 2007 p. 464.

⁵³ La rivendicazione dell'*Holodomor* («uccisione per fame») come genocidio o crimine contro l'umanità è ormai largamente accettata, ma vi sono ancora forti resistenze a riconoscerlo – e ad ammetterne la matrice politica – soprattutto in Russia.

banalizzano l'accadimento genocidiario possono essere smontate e sottoposte al fuoco critico avverso senza che il diritto penale debba sentirsi in dovere di intervenire⁵⁴.

Sebbene impervio, il tentativo di tracciare un *discrimen* tra revisionisti e negazionisti non andrebbe abbandonato. A questa distinzione dovrebbe corrispondere un uso residuale della sanzione penale per l'ipotesi più grave della completa e radicale negazione dell'accadimento storico, mentre al fascio delle ri-elaborazioni quantitative e qualitative, ancorché sgradevoli e destituite di fondamento, sembra meglio attagliarsi l'arena del dibattito pubblico e storiografico.

6. Assoluto e relativo nella libertà di espressione.

Passando al versante delle libertà costituzionali, la prima e intuitiva obiezione contro la penalizzazione del discorso negazionista porta con sé l'armamentario argomentativo usualmente adoperato per contestare pratiche di censura e il ricorso ai reati di opinione, vieppiù in un Paese come il nostro che l'esperienza del fascismo dovrebbe aver ammaestrato sui tratti illiberali e antidemocratici della repressione del dissenso. Si osserva, convincentemente: «tra la libertà di espressione e la democraticità di un ordinamento esiste un rapporto simbiotico, perché la democrazia si fonda sul consenso, ma il consenso politico (non diversamente da quello ai trattamenti medici), per essere davvero tale, deve essere informato»⁵⁵.

Su questa linea di pensiero, la tecnica del «sì, però» (sì, il negazionismo è grave e detestabile, le parole sono pietre, ma in uno Stato di diritto la libertà di parola, di pensiero, di opinione, di ricerca storica va salvaguardata a ogni prezzo, pena una pericolosa mortificazione del pluralismo informativo e delle garanzie individuali) fornisce uno schema di ragionamento collaudato, che, rievocato il sacrificio della libertà, quando non della vita, patito a causa della criminalizzazione della critica, ha buon gioco nel levarsi a proteggere lo scarto di un'opinione individuale da una verità dominante, per poi appellarsi, con tanto di finale a effetto, al motto erroneamente attribuito a Voltaire: «disapprovo quello che dici, ma difenderò fino alla morte il tuo diritto a dirlo».

Senza però contare – per un verso – che occorrerebbe domandarsi cosa resta di quel diritto, se nelle parole dell'interlocutore si cela la richiesta di morte di un terzo (a monte dei discorsi negazionisti, come detto, è radicato l'odio nei confronti degli ebrei)⁵⁶, e – dall'altro – che campioni del liberalismo come Popper hanno rimarcato la

⁵⁴ Cfr. D. Bifulco, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, 2012, pp. 23 ss.

⁵⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, [*Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*](#), in *questa Rivista*, 15 luglio 2013, p. 7.

⁵⁶ Sugli *hate crimes* e i limiti necessari alla libertà di espressione per contrastarli, con diversità d'accenti, cfr. E. DOLCINI, *Omfobia e legge penale. Note a margine di alcuni recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 24 ss.; L. GOISIS, *Libertà di espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp.

necessità di un uso responsabile della libertà, che legittima, in caso contrario, il ricorso a pratiche di intolleranza come antidoto contro i comportamenti di chi, facendo leva sull'intolleranza, attenta all'esistenza della "società aperta"⁵⁷.

Del resto, tra i costituzionalisti si insegna che una difesa astratta della libertà di espressione, che prescindendo dal contesto storico, dalla rilevanza politica e dallo sfondo etico, è improponibile nell'odierno contesto multiculturale⁵⁸.

Come ha scritto Alfonso Di Giovine:

«la realtà osservata senza pregiudizi insegna che è solo a un liberalismo angelicato (talvolta strumentalmente) che si può chiedere la tolleranza verso ogni e qualsivoglia forma di dissenso ideologico, in qualunque modo e in qualsivoglia circostanza espresso (magari trincerandosi dietro la celebre affermazione holmesiana secondi cui "every idea is an incitement", quasi che essa fosse in grado di cancellare la differenza reale esistente fra la nobile noia di un editoriale del columnist di successo e l'incandescente provocazione di un volantino delle BR). Ciò non di meno, l'idea di un'assoluta, incondizionata libertà di manifestazione del pensiero che si pretende di affermare in nome di quella rappresentazione distorta del pensiero liberale è destinata pur sempre a svolgere un insostituibile ruolo dialettico negli equilibri complessivi di un sistema liberaldemocratico: mancando il quale, la fisiologica tendenza, insita in ogni assetto di potere, a privilegiare le ragioni dell'ordine su quelle libertà, avrebbe più probabilità a prevalere»⁵⁹.

L'insigne studioso aggiunge:

«Probabilmente quanti invocano la sostanziale innocuità di certe manifestazioni del pensiero per sottrarle ai rigori del codice penale presuppongono che in quelle società stiano venendo a mancare le condizioni del pericolo e di allarme sociale che legittimano, nel rispetto del principio di sussidiarietà o necessarietà della tutela penale la loro repressione»⁶⁰.

Le vicende degli ultimi anni ammoniscono su quanto sia gracile la convinzione che vorrebbe superati una volta per tutte i pericoli connessi alla diffusione dell'intolleranza ideologica o razziale. A smentire un simile assunto non sono soltanto le frequenti aggressioni ispirate da rigurgiti antisemiti e da un senso di superiorità razziale che il pensiero negazionista alimenta "scientificamente", ma anche le modalità

418 ss.; G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in questa Rivista, 30 settembre 2013, pp. 1 ss.

⁵⁷ Sul paradosso della tolleranza cfr. K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, I, tr. it. di R. PAVETTO, Roma, 1996, p. 346. Sul punto v. anche D. PULITANÒ, *Sostenibilità morale del diritto penale ed etica della democrazia*, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1/2013, pp. 107 s.

⁵⁸ Per la concezione individualistica della libertà di espressione, «costi quel che costi», cfr. il classico testo di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958. Per una critica acuminata cfr. V. ANGIOLINI, *Manifestazione del pensiero e «libertà altrui»*, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 4585 ss. V. anche, tra i favorevoli a una anticipazione della tutela per evitare il ripetersi di drammi storici, A. PIZZORUSSO, *Libertà di pensiero. Opportunità e rischi*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà*, Roma-Bari, 2004, pp. 63 ss.

⁵⁹ A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988, p. 88.

⁶⁰ A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988, p. 116.

di diffusione di tale pensiero che, grazie alla rutilante macchina del *web*, oggi hanno moltiplicato le rendite dei falsi storici⁶¹.

Una riprova che i limiti penali alla libertà di espressione non sono astronavi marziane deriva da un acuto esame della giurisprudenza costituzionale, in seno alla quale «si è constatato che tutt'al più è rintracciabile una tendenza di fondo a non consolidare forme di approccio alla libertà di parola che rispondano a parametri unici, salvo il ricorso di volta in volta a un bilanciamento, quasi sempre implicito, con i rispettivi contro interessi». E si è notato – lo si vuole qui sottolineare per il peso specifico che tale notazione avrà nel prosieguo – «che quando viene messo in campo, sotto svariate vesti, il contro interesse denominato “dignità umana”, la Corte tende a ridurre di molto l'impegno verso soluzioni di contemperamento tra libertà di parola e repressione; mentre, in assenza di tale riferimento, solitamente i giudici delle leggi appaiono più inclini alla ricerca di “regole di collisione” in grado di smussare la pervasività del penale nei confronti dell'ambito protetto dall'art. 21. Da questo punto di vista, il “luogo” argomentativo privilegiato nel quale attecchiscono tali “regole di collisione” del bilanciamento tra delitto e diritto è costituito dal pericolo di condotte non desiderate alimentato dalle espressioni punibili»⁶².

Anche volgendo lo sguardo alla tutela della libertà di espressione nella CEDU, l'idea di una libertà illimitata non regge. La Corte EDU ha avuto modo di pronunciarsi a più riprese sul negazionismo. L'analisi dei casi lascia affiorare un indirizzo prevalente, che ammette la legittimità della scelta di penalizzare il fenomeno, facendo leva sul riconoscimento del margine di apprezzamento in capo ai legislatori nazionali e sull'applicazione del divieto dell'abuso del diritto contenuto nell'art. 17 CEDU⁶³.

In questi casi, il sistema CEDU non viene invocato solo per dare copertura alle norme incriminatrici, ma dagli stessi negazionisti che, lamentando una violazione dell'art. 10, sostengono la contrarietà delle fattispecie nazionali di contrasto al negazionismo alle disposizioni della Convenzione.

Si tratta di richiami poco fortunati. La Convenzione e la giurisprudenza di Strasburgo, premessa una celebrazione della libertà di espressione quale *condicio sine*

⁶¹ A parere di C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, p. 9, «lo sviluppo del *web*, dei *social network*, di siti tematici e, più in generale, di una 'blogsfera', ha oggi un forte impatto da questo punto di vista, costituendo la nuova frontiera nella quale le teorizzazioni di tal genere trovano una sorta di *tapis roulant* che fa scorrere l'impensabile, dandogli patente di nobiltà per il fatto stesso di essere oggetto di ripetute conversazioni». In tema v. sempre C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, pp. 183 ss.

⁶² C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, p. 135. Sul ruolo di limite alla libertà di espressione esercitato dalla dignità umana il dibattito tra i costituzionalisti è aperto. Per un saggio sulle diverse posizioni cfr. A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 531 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, pp. 221 ss.; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007.

⁶³ Cfr. M. OETHEIMER, *sub art. 10*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla CEDU*, tr. it. di E. MARTINELLI, Padova, 2012, p. 414. Sulle relazioni tra sistema CEDU e diritto penale interno e sugli obblighi di tutela penale di matrice sovranazionale v. diffusamente V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012.

qua non per il progresso della società e per lo sviluppo dell'individuo, ammettono limiti alla garanzia e riconoscono un margine di apprezzamento agli Stati per valutare la necessità di una sua modulazione. Si richiede che la restrizione del diritto a manifestare il proprio pensiero sia prevista per legge, che persegua uno scopo legittimo, che sia proporzionata agli obiettivi perseguiti e necessaria in una società democratica (art. 10 CEDU)⁶⁴.

Vero che la tutela apprestata dalla CEDU fissa una soglia minima per tutti i Paesi membri del Consiglio d'Europa (viene dunque fatto salvo un livello di protezione più elevato, come quello allestito dall'art. 21 Cost.), la Corte EDU non si è fatta particolari scrupoli nel condannare gli abusi della libertà di espressione, calcando la mano proprio nei casi di negazionismo. In una delle sue pronunce la Corte afferma che «le manifestazioni negazioniste (e revisioniste) su categorie di fatti storici chiaramente stabiliti – come l'Olocausto – non sono tutelate dall'art. 10 della Convenzione, in virtù dell'art. 17 della medesima»⁶⁵. La Corte ritiene necessario un dibattito franco e aperto sulla storia di ciascun Paese, ma la protezione della libertà di espressione non può spingersi a coprire casi in cui la stessa venga impiegata per finalità contrarie al testo e allo spirito della CEDU, espressione di valori fondamentali come la giustizia e la pace⁶⁶.

7. Il *mainstream* penalistico.

Quando si va a scandagliare la posizione dei penalisti sull'eventualità di introdurre un divieto di negare, presidiato dalla sanzione penale, l'opinione prevalente si mostra ostile e scandisce una serie di argomenti che ricava dai principi fondamentali dell'ordinamento, a cominciare dalla necessità di salvaguardare la libertà di parola e la neutralità/laicità dello Stato, per giungere a canoni più propriamente penalistici, come il principio di offensività e di *extrema ratio*, che si vorrebbero sacrificati da un'incriminazione di tal fatta. La contrarietà si erge su ragioni nobili, di coerenza con il volto costituzionale del diritto penale di uno Stato liberale, portato di una tradizione "classica" di fedeltà ai principi, temprata dalla dura lezione della repressione del

⁶⁴ Cfr. C.M. CASCIONE, *Negare le ingiustizie del passato: libertà o divieto?*, in G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, pp. 457 ss.

⁶⁵ Cfr. in particolare il caso "Garaudy", decisione del 24 giugno 2003, Garaudy c. Francia.

⁶⁶ Cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, p. 67, nota n. 197, che riconosce il diritto fondamentale a negare il valore dei diritti fondamentali, «perché questo proverebbe il vero trionfo inclusivo dei diritti fondamentali. Se anche chi nega l'orrore della Shoah ricorre agli strumenti che sono nati per evitare che quell'orrore si ripeta, questo sarebbe il vero trionfo dei diritti fondamentali». Sennonché, questa visione sembra peccare di radicalismo, postulando il trionfo di un diritto fondamentale a scapito di altri e negando la misura e la dimensione dell'abuso. Nella ricerca sui diritti fondamentali vi è ancora molta nebbia da diradare e uno sforzo apprezzabile compiuto dalla giurisprudenza della Corte EDU sta nello scongiurare la tirannia dei principi, attraverso il ricorso a regole di ingaggio che favoriscano opportuni bilanciamenti. Proprio il caso dei limiti alla libertà di espressione testimonia il dilemma di prendere partito tra due concezioni della giustizia riassumibili con i brocardi *fiat iustitia et pereat mundus* (trionfo assoluto della libertà di espressione e in malora tutto il resto) e *fiat iustitia ne pereat mundus* (ricerca di una composizione tra valori confliggenti affinché l'umanità del mondo venga preservata).

dissenso nella fase pre-costituzionale, e dal quale – lo si dice a scanso di equivoci – chi scrive non intende certo affrancarsi.

Anche qui la formula del «sì, però» trova applicazione. La premessa è rassicurante: siamo tutti d'accordo – non c'è nemmeno bisogno di esplicitare l'ovvio – nella presa di distanza dalle farneticazioni negazioniste. Ma siffatte imposture, per quanto odiose, urticanti e risibili, restano, al fondo, idee. Manifestate, scritte, divulgate, «ma pur sempre e soltanto idee che, in quanto tali, devono poter confidare nella garanzia della libera espressione»⁶⁷.

Un inventario delle obiezioni penalistiche mosse al reato di negazionismo è stato raccolto, con sintesi felice, da Alfonso di Giovine:

«a) le norme che incriminano il negazionismo si presentano dubbie sotto il profilo della materialità e si rivelano carenti sul piano dell'offensività, apparendo quindi incompatibili con il diritto di uno Stato democratico; b) la tutela penale è collocata in un momento talmente arretrato rispetto al pericolo che è difficile ipotizzare la realizzazione di un evento lesivo, ma posto che il diritto penale non può curarsi delle ideologie se esse non si traducono in un inizio di attività esecutiva del tentativo di una lesione dei beni, occorre che i delitti di negazionismo siano strutturati almeno in chiave di pericolo concreto; c) con l'individuare l'ordine pubblico o la pace pubblica come beni offesi non solo si surroga l'assenza di un immediato referente di lesività, ma si utilizzano concetti non neutri, prodotto di valori ideologici; è difficile distinguere tra fatto e opinione, accertare la verità oggettiva, storica rispetto a quella legale; e) la lesione dell'onore è difficile da determinare nei confronti di una collettività dai confini indeterminati; f) quella antinegazionista è una tipica legislazione simbolica, strutturata in chiave amico/nemico, che persegue le persone e non i fatti, così aprendosi a un diritto penale soggettivo privo dell'elemento dell'offesa e allontanandosi dai principi di obbiettivizzazione, sussidiarietà, offensività, tipicità e materialità; g) si tratta di puri reati di opinione, di reati di pura condotta senza pericolo di evento»⁶⁸.

Autorevoli *non licet*, in ultimo comprovati da una recente e documentata monografia⁶⁹, sembrano voler relegare la questione del negazionismo esclusivamente

⁶⁷ Cfr. D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, 2012, p. 10.

⁶⁸ Cfr. A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. XXVI.

⁶⁹ Cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012. Oltre agli autori che seguono, cfr. anche, sempre in chiave critica rispetto alla punibilità nel negazionismo, C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur legitimation von Strafdrohungen*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, pp. 730 ss.; P. SEVERINO, *La critica della storia tra diritto e delitto*, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1/2013, pp. 83 ss.; D. PETRINI, *I giuristi e il reato di negazionismo*, in *Contemporanea*, 2009, pp. 112 ss.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 782 ss.; A. MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2008, pp. 25 ss.; Id., *Relazione introduttiva*, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1/2013, pp. 18 ss.; E. LA ROSA, *Onore, sentimento religioso e libertà di ricerca scientifica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (su www.statoechieste.it), 2007, pp. 32 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*, n. 3/2011, pp. 109 ss.; G. RICCARDI, [Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale](#), in *questa Rivista*, 30

nel dominio della storiografia e della dialettica pubblica, senza chiamare a raccolta il diritto penale, ravvisando in un suo eventuale coinvolgimento l'irruzione del più sgraziato degli elefanti in una cristalleria.

Perentorie le affermazioni di Massimo Donini, che paventa limiti insuperabili alla libertà di ricerca storica:

«La negazione, o la “minimizzazione”, dell'Olocausto (o di fatti di genocidio) non si sottrae a un'alternativa: o si tratta di un'istigazione al delitto, oppure non può rilevare come mera idea soggettiva, anche se propalata col *copyright*. Insomma, il negazionismo non esiste, non deve esistere come reato: o c'è istigazione, o critica storica. *Tertium non datur*»⁷⁰.

Tranchant anche Stefano Canestrari:

«Il diritto penale non può essere deputato a tutelare una verità storica: vale a dire, una concezione autenticamente laica deve ammettere la possibilità che venga proposta qualsiasi interpretazione dei fenomeni storici, anche la più aberrante ... La sovrapposizione tra diritto e verità storica trae con sé una patente contaminazione tra etica e diritto: pure se si tratta di “interpretazione, condivisa, definita e definitiva”, in quanto la verità storica non può costituire bene giuridico. Una moderna società laica deve essere in grado di trattare i propri mostri ideologici – anche i più deformi e ributtanti! – con gli strumenti “dialogici” che le sono propri: quelli cioè del confronto aperto, della pubblicità della discussione, della garanzia della possibilità di replica dell'espansione della cultura, dell'educazione e dell'informazione completa e non quelli repressivi dell'intervento penale»⁷¹.

Sulla stessa lunghezza d'onda Mario Romano:

«Radicalmente da escludere, per certo, è la legittimità di norme che ostacolino le forme anche più arbitrarie di ricostruzioni storiche di vicende o episodi del passato recente o remoto. Anche la più aberrante delle teorie, la meno sostenibile delle tesi, deve potersi giovare della massima libertà di ricerca che un ordinamento democratico deve sempre garantire a ciascuno e a tutti. Una volta esposta, più o meno adeguatamente motivata, potrà essere confutata, se ne varrà la pena, unicamente dalla successiva più persuasiva dialettica di altre ricerche. ... La negazione di una verità, insomma, sia pure la verità di fatti storicamente certi, può essere di volta in volta manifestazione di rozza ignoranza, di scandaloso calcolo politico o di mera bizzarria: se in mala fede, è certo moralmente riprovevole, ma non un reato»⁷².

settembre 2013, p. 52; E. FRONZA-A. GAMBERINI, [Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato](#), in *questa Rivista*, 29 ottobre 2013, pp. 1 ss.; A. GAMBERINI, [Tutela della memoria e diritto penale: una riflessione sistematica e comparativa a partire dal reato di negazionismo](#), in *questa Rivista*, 19 dicembre 2013, pp. 1 ss.

⁷⁰ Cfr. M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Milano, 2010, p. 92.

⁷¹ 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, pp. 149 s.

⁷² M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in S. CANESTRARI-L. STORTONI, *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, p. 219.

Anche qui, un'unica concessione: la punibilità delle espressioni negazioniste potrebbe al più comprendersi ove le modalità della condotta e/o il contesto in cui viene tenuta si rivelino concretamente idonee a determinare un pericolo per la pace pubblica⁷³.

Più aperta e articolata la posizione di Domenico Pulitanò che, valorizzando alcune illuminanti considerazioni di Costantino Visconti, sposta il piano dell'analisi dal merito all'opportunità:

«Non si tratta di tutelare una generica *memoria storica*. Sono in gioco interessi che hanno a che fare con l'universo etico-politico che il negazionismo colpisce, e con la dignità di popoli che sono stati vittime di genocidio. Interessi la cui vitale importanza può essere misurata, se solo ci domandiamo che ne sarebbe del nostro mondo morale e politico, se i negazionisti riuscissero a far breccia. È per questo che il problema è serio: la posta in gioco è altissima. Altro che inesistenza di un bene giuridico! ... Fattispecie saggiamente selettive e doverosamente tassative potrebbero ritenersi non illegittime, in chiave di difesa della dignità delle vittime e del patto etico che regge le società democratiche del nostro mondo. È una strada opportuna, oltre che legittima? ... Su una eventuale incriminazione del negazionismo, oggi in Italia, la mia personale opinione resta contraria per ragioni che *non* presuppongono affatto un riconoscimento di legittimità (di diritto costituzionalmente garantito) alla consapevole falsificazione della storia, ma che hanno a che fare con i limiti razionali del diritto penale, oltre che con l'esigenza di assicurare condizioni di piena libertà di ricerca storica. Può il pericolo rappresentato dal negazionismo essere efficacemente fronteggiato con la repressione penale? ... Questa posizione critica, rispetto al problema dell'incriminazione del negazionismo, adduce ragioni (per definizione opinabili) di opportunità, e non di legittimità. Sottende una valutazione del negazionismo come infamia intellettuale e morale, e non esclude la legittimità di fattispecie fortemente selettive, forse limitate alla *menzogna di Auschwitz* in senso stretto: alla negazione oltraggiosa dell'Olocausto, non invece di altri crimini di massa la cui natura di genocidio sia controversa. Ma sarebbe un segno di preoccupante debolezza della situazione spirituale della nostra società, se per contrastare e sconfiggere il negazionismo nelle sue forme più *hard* avesse bisogno di porre mano a strumenti penali, rivelandosi insufficiente l'esercizio delle libertà e della ragione»⁷⁴.

È proprio scorrendo le parole di quest'ultimo autore che si coglie come la questione della punibilità del negazionismo sia lontana dal potersi dire archiviata. Vi è

⁷³ M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in S. CANESTRARI-L. STORTONI, *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, p. 220, che aggiunge: «Ma mentre mi è facile convenire che, considerate la storia e le tradizioni del nostro Paese, di una norma del genere non si avverte da noi un vero bisogno, mi pare utile segnalare, per chiarire il mio pensiero, che essa non contrasterebbe con un pur rigoroso principio di laicità, perché neppure qui, come per le offese alle confessioni religiose, l'ordinamento indulgerebbe a una scelta ideologica, attribuendo soltanto rilievo alle condizioni di un pacifico svolgimento di rapporti sociali».

⁷⁴ D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, in G. FORTI-G. VARRASO-M. CAPUTO (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, pp. 22 ss. dal dattiloscritto, in corso di pubblicazione. V. anche C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, pp. 242 ss.

più di un motivo, e in ciò sta la sua notevole problematicità, che consiglia, anche al penalista, di rimettere in gioco i termini della discussione, per verificare se e fino a che punto sia così intollerabile il sacrificio della libertà di espressione che deriverebbe dall'incriminazione di proposizioni che negano l'accadimento della *Shoah*.

Per cominciare, si vuole prendere in seria considerazione l'accusa del ricorso alla regola penale come strumento di massima intensità simbolica, grazie al quale sottrarre una determinata «attualità storica ai processi naturali di metabolizzazione e trasformazione mnemonica» e «consegnarla ad un eterno e immodificabile presente, cercando di lottare contro attività volte alla manipolazione strumentale del passato o all'offuscamento della memoria di eventi e vicende drammatiche»⁷⁵.

Sulla legislazione penale simbolica e sui suoi vari significati e impieghi molto si è scritto, in chiave prevalentemente critica, rilevando la superfluità di norme a effetto che svolgono un ruolo placativo di allarmi sociali che andrebbero altrimenti sedati⁷⁶.

Pare, nondimeno, che rigettare *in toto* una dimensione simbolica alle norme incriminatrici significhi negare al precetto penale la funzione di accreditare regole sociali condivise per coltivare obiettivi di orientamento culturale, secondo quelli che sono i binari comunicativi della c.d. prevenzione generale positiva⁷⁷. Ben vengano, dunque, *caveat* e ammonimenti sui pericoli di strumentalizzazione dei singoli per bisogni di utilità sociale, purché non si finisca per disconoscere, tra i caratteri della norma penale, il connotato di profonda stigmatizzazione di un fatto, di affilato giudizio etico-sociale⁷⁸, e un'attitudine a sollecitare, più di ogni altra norma, l'attenzione diffusa per i valori tutelati e la conseguente disapprovazione sociale per l'offesa che li riguarda.

La condivisibile preoccupazione per un uso disinvoltamente paternalistico e promozionale del diritto penale non deve pertanto travolgere quelle informazioni contenute nella norma incriminatrice che attengono alla salienza dell'interesse protetto e sono destinate a stimolare diffusa adesione intorno alle profonde ragioni di tutela che intessono la costruzione del precetto e ai costi/conseguenze della sua aggressione. Che

⁷⁵ Cfr. E. FRONZA, *La protezione penale della memoria. Note critiche sul reato di negazionismo*, in F. Berti – F. Cortese, *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, Milano, 2008, p. 227.

⁷⁶ Sul diritto penale simbolico cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 489 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 2000; 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, pp. 149 ss.; S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica de diritto penale?*, in *Indice penale*, 2003, pp. 491 ss.

⁷⁷ Sul tema cfr. in particolare, M. ROMANO-F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980; L. EUSEBI, *La pena «in crisi». Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; . 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, pp. 265 ss.; G. DE VERO, *Prevenzione generale e "condanna dell'innocente"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 1001 ss.

⁷⁸ Cfr. J. FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in Id., *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, 1970, p. 96, come citato da G. Forti, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 598. In termini analoghi v. anche M.J. FALCÓN Y TELLA-F. FALCÓN Y TELLA, *Fondamento e finalità della sanzione: diritto di punire?* (2005), tr. it. di R. DAL COL, Milano, 2008, pp. 11-12.

una norma penalizzi il discorso negazionista, coagulando l'attenzione dei consociati sui valori offesi da siffatto discorso, non mi parrebbe risultato da derubricare soltanto perché ... "simbolico" e, quindi, a stare all'etimologia del termine, unitivo. Senza contare che in Italia un consenso assai diffuso sulla nocività e intollerabilità delle campagne negazioniste già esiste, sicché una norma andrebbe a convalidare un sentire pre-esistente e non a indirizzarne uno di nuovo conio⁷⁹.

Anche sul presunto *vulnus* alla libertà di ricerca, recato dalle incursioni giuridiche nel dominio del discorso storico, è bene intendersi, per non cadere in uno scivolamento logico: come detto, un conto sono le "guerre della memoria" (la sorte degli Armeni nell'Impero Ottomano, la tratta degli schiavi africani, il colonialismo francese etc.), dove la realtà dell'evento storico non viene messa in discussione, ma se ne discutono varie interpretazioni, com'è tipico della ricerca storica; un altro è negare *tout court* un evento storico nella sua realtà, com'è nel caso dell'Olocausto, e questo nulla ha a che vedere con la ricerca storica⁸⁰.

A partire da queste considerazioni generali, nel prosieguo ci si soffermerà su tre aspetti, reputati più significativi di altri, che interpellano la cattiva coscienza del penalista. Ci si riferisce al tema della laicità, del bene giuridico e, in chiave conclusiva, al principio di *extrema ratio*.

8. Il principio di laicità sotto tensione.

Il contrasto tra le pronunce della Corte costituzionale tedesca e di quella spagnola, *supra* richiamate, è stato sottoposto a una lettura che dà smalto al differente contesto ideologico-situazionale. I tedeschi avrebbero cristallizzato l'orribile eredità del nazismo, facendone il presupposto di una Germania democratica e antinazista, mentre gli spagnoli non avrebbero superato lo *shock* del franchismo e della guerra civile⁸¹.

L'Italia, dal canto suo, sembrerebbe prossima alla posizione spagnola, perché, non avendo chiuso i conti con il proprio recente passato, vedrebbe ancora aperte le "ferite" relative alla natura della guerra di liberazione, ai rapporti tra fascismo e

⁷⁹ Si ricordi, peraltro, l'intramontato ammonimento di C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, voce nel *Digesto delle Discipline Penalistiche*, IV, Torino, 1990, p. 68: «L'obiezione basata sul pluralismo dell'odierna società, lacerata nelle scelte di valore, trascura l'attitudine aggregante del consenso sui valori umani universali che nel codice penale trovano la loro più esplicita traduzione positiva».

⁸⁰ Cfr. 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, che sottolinea come la questione della punibilità di chi nega l'Olocausto sia questione discussa sotto il profilo della necessità e della legittimità, ma non coinvolga lo storico nel suo lavoro, perché in questa negazione non c'è nulla di scientifico.

⁸¹ Cfr. P. SEVERINO, *La critica della storia tra diritto e delitto*, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1/2013, p. 87. V. anche le riflessioni di C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, pp. 222 ss., per il quale mentre per Karlsruhe il negare in sé l'accadimento storico della Shoah costituisce una prosecuzione della terribile persecuzione cui furono sottoposti i cittadini ebrei durante il nazismo e quindi una negazione della loro stessa personalità che è un tutt'uno con la memoria di quegli eventi; per i giudici di Madrid, il negare in sé il medesimo avvenimento è un'espressione ancora inane, neutra, che in quanto tale non è automaticamente suscettibile di istigare all'odio.

nazismo, alle leggi razziali⁸². Di fronte a un quadro di opinioni tuttora mobile e fluttuante, il varo di una legislazione anti-negazionista apparirebbe un azzardo, perché non presidiata da un *humus* culturale omogeneo che ne puntelli la legittimazione sociale⁸³.

Questa posizione, dal forte sapore culturalista, fa leva sulla necessità di penalizzare solo comportamenti che urtino valori consolidati. Essa va tenuta nel massimo conto, ma può essere riconsiderata se si pensa che anche in Italia è registrabile un larghissimo *overlapping consensus*, per dirla con Rawls, sul carattere infamante delle leggi razziali e sulla condanna dello sterminio nazista, che fanno del negazionismo un illecito accostabile alla categoria dei crimini consensuali⁸⁴. Non solo, se finora l'ordinamento italiano è tra i pochi a non aver condiviso la scelta antinegazionista, muovendosi in controtendenza rispetto alla *vogue* europea, ciò lo si deve più verosimilmente all'incapacità della comunità politica di affrontare con chiarezza d'intenti e con senso di responsabilità il proprio passato storico – dissolvendo il peso specifico dell'esperienza fascista nella storia italiana e il nostro contributo alla persecuzione antisemita – che non a un'avversa sensibilità maturata nella coscienza collettiva⁸⁵.

Il “penale”, dunque, come reazione all'incapacità del “politico” di proteggere la verità storica, dove con il termine “politico” si allude al circuito politico non istituzionale, che pure sarebbe lo spazio ideale in cui le diverse tesi relative al passato si fronteggiano?

In realtà, va osservato che se anche, per ipotesi, il pensiero negazionista godesse di un consenso ampio, addirittura rappresentativo della maggioranza degli italiani, prima di affermare che un legislatore rispettoso del pluralismo delle idee debba astenersi dal legiferare in un campo in cui le divergenze prevalgano rispetto alle

⁸² Di particolare interesse la fine disamina storico-giuridica circa l'applicazione giurisprudenziale delle leggi razziali condotta da S. GENTILE, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, 2013. Tra i penalisti, si segnala D. PULITANO, *Di fronte all'infamia del diritto*, in L. GARLATI-T. VETTOR (a cura di), *Il diritto di fronte all'infamia del diritto*, Milano, 2009, pp. 221 ss.

⁸³ Cfr. P. SEVERINO, *La critica della storia tra diritto e delitto*, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1/2013, pp. 87 s.

⁸⁴ Sul ruolo dei crimini consensuali nella celebre definizione “piramidale” di J. HAGAN cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, pp. 346 ss.

⁸⁵ Come nota D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, Milano, 2012, p. 112, «alla scorrettezza del metodo, buona parte dei Paesi europei ha reagito con la violenza della risposta penale. Ma tale reazione appare comprensibile soprattutto ove essa provenga da democrazie relativamente giovani, immature e segnate dall'esperienza fascista, nazista, totalitaria. Il grado di tolleranza che un sistema può concedersi dipende dalla sua solidità democratica. Al netto delle attuali peripezie politico-economiche, va osservato che nel sistema italiano è mancato un dibattito pubblico a viso scoperto sul passato fascista e sulla corresponsabilità italiana nello sterminio degli ebrei. In Italia si è preferito procedere lungo la strada dell'autoassoluzione, dei patteggiamenti della memoria». Sulle risposte culturali fornite in Italia per la elaborazione collettiva della Shoah, cfr. R.S.C. GORDON, *Scolpitelo nei vostri cuori. L'Olocausto nella cultura italiana (1944-2010)*, tr. it. di G. OLIVERO, Torino, 2013. Ringrazio G. DELLA MORTE per questa importante segnalazione.

ragioni condivise, occorrerebbe chiedersi se non sia ingenuo pensare che l'adesione alla liberaldemocrazia comporti un agire neutro sul piano dei valori ed esclusivamente condizionato dall'egemonia dei numeri parlamentari.

Il liberalismo è sì arte della separazione, ma è anche filosofia politica che calca l'accento sul valore della libertà individuale e sul principio del pari rispetto di tutti gli individui, quali che siano le loro rispettive concezioni religiose o morali di partenza⁸⁶.

Insomma, il costituzionalismo contemporaneo «presuppone un insieme di pre-comprensioni morali di base, che in qualche modo e misura danno luogo a una sorta di morale 'comprensiva' dei valori riconoscibili in ogni essere umano»⁸⁷.

Tra tali valori, va ricompresa la libertà di espressione del negazionista, sicché una risposta negativa tradirebbe il principio di laicità, che riconosce pari titolo di legittimazione a ogni posizione ideale, quali che siano i contenuti, anche di negazione dell'esistenza delle camere a gas⁸⁸?

Orbene, a una visione passiva e rinunciataria della laicità – da intendersi come mera neutralità dello Stato rispetto alle concezioni del vivere bene – deve oggi affiancarsi una dimensione attiva e sostanziale che impone di agire stimolando e tutelando le condizioni reali e concrete che rendono la laicità capace di essere effettivamente esercitata e rispettata⁸⁹.

Vediamo di spiegarci meglio. Se l'ordinamento è laico in quanto mantenga un atteggiamento di equidistanza rispetto alla diverse concezioni morali particolari, sarà considerato laico quel cittadino che non pretende che la legislazione sposi la sua fede religiosa o il suo punto di vista ideologico e che accetta il principio del pari rispetto dovuto a tutti gli uomini in quanto uomini. Ma è proprio in ordine a questo profilo che diventa impraticabile assicurare l'equidistanza dalla concezione morale che anima i negazionisti. Essi solo apparentemente ricercano il confronto, solo apparentemente si dichiarano disponibili a cooperare alla ricerca della verità, solo apparentemente fanno

⁸⁶ Cfr. D. PULITANÒ, *Sostenibilità morale del diritto penale ed etica della democrazia*, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1/2013, pp. 103 ss.

⁸⁷ Cfr. G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1/2013, p. 128.

⁸⁸ La letteratura sul principio di laicità ha ormai raggiunto dimensioni tali da rendere ridicola la soluzione delle segnalazioni in nota. Sia comunque consentito ricordare, tra le opere di taglio giuridico, A. CERETTI-L. GARLATI (a cura di), *Laicità e Stato di diritto*, Milano, 2007; S. CANESTRARI (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007; L. RISICATO-E. LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009; F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale"*, in *Quad. cost.*, 2010, pp. 437 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 55 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 55 ss.; G. FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il «potenziale di verità» di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, pp. 297 ss.; E. DOLCINI, *Laicità, "sana laicità" e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1017 ss.; L. RISICATO, *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessi sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008; F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 309 ss.; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 477 ss.

⁸⁹ Per questo spunto essenziale cfr. G. FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il «potenziale di verità» di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, pp. 312 ss.

professione di fiducia nel dialogo e nel contraddittorio sugli assiomi delle proprie tesi, solo apparentemente coltivano l'idea del rispetto come riconoscimento reciproco dell'altro in quanto soggetto morale. Al contrario, sfruttano l'offerta cooperativa della "società aperta" alla ricerca della verità come palcoscenico per affermare con intransigenza e intolleranza un punto di vista incompatibile con il riconoscimento dell'altro come pari.

Come ricordato, la loro strategia discorsiva è programmaticamente volta a delegittimare chi la pensa diversamente, a negare sempre e comunque, senza alcun margine di disponibilità alla condivisione di punti comuni, che normalmente affiora grazie a forme di parziale convergenza tra diverse dottrine⁹⁰. Nemmeno quel "minimo etico" del liberalismo, dato per l'appunto dal pari rispetto di ogni individuo, viene condiviso, perché i negazionisti disconoscono la pari dignità degli ebrei, deprivando i reali destinatari dei loro strali dello *status* di soggetti muniti di autorità morale.

Mancando quella che potremmo definire una «condizione strutturale di dialogicità»⁹¹, la mano tesa nei confronti dei negazionisti si risolve in una pia illusione o nel "furto del braccio", comunque in una trappola che finora non è stata disinnescata dalla fiducia nelle virtù maieutiche del confronto pubblico. È proprio il confronto pubblico, potenziato dalle tecniche di informazione, che consente ai negazionisti di profittare della laicità, della tolleranza, della libertà di opinione per inoculare idee di intolleranza e diseguaglianza che aggiornano, sotto mentite spoglie, il credo nazista sull'inferiorità degli ebrei. Altro che ragione discorsiva, altro che democrazia deliberativa, altro che interazioni comunicative: i negazionisti non intendono discorrere, vogliono convincere, non manifestano alcuna empatia, alcuna disponibilità ad assumere il punto di vista degli altri. E d'altra parte, anche il pedale della ricerca di auspicabili punti in comune non va pigiato con troppo vigore: che cosa si pretende, che ebrei e storici trovino un consenso generalizzato sull'inesistenza delle camere a gas e dei forni crematori?

⁹⁰ Secondo C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, p. 170, il negazionismo radicalizza il tono del confronto, fino al suo deragliamento: «al centro della sua perentorietà c'è non la plausibilità o meno delle altrui affermazioni ma l'inesistenza stessa dell'oggetto della discussione. La provocazione negazionista è una sfida aperta e totale, che mette al bando la condivisione di un senso comune. Il negazionismo si presenta quindi come protagonista ingiustamente bandito dalla discussione nel momento stesso in cui nega il fondamento della discussione medesima. Di sé e per sé si dichiara alla ricerca di un legittimo risarcimento che il consesso della storiografia 'ufficiale' ingiustamente intenderebbe non riconoscerli. Questa estromissione si motiva, a detta dei negazionisti, per via dell'incapacità da parte degli storici di fare una volta per sempre i conti con il passato, rimanendo quindi tributari di un approccio deviato poiché deferente alle ideologie trascorse. Da ciò, e dall'essere queste le ideologie dei «vincitori» (il liberalismo, il marxismo, il socialismo, la democrazia), deriverebbe la grande mistificazione che sta dentro il racconto della storia, quella che testimonia uno sterminio che non c'è mai stato. Il negazionismo dice di ambire invece a una storia non partigiana e come tale priva di reali conflitti».

⁹¹ Per usare una formulazione coniata da F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale"*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 446.

9. Il problema dell'oggetto della tutela: la transizione dall'ordine pubblico ...

La risposta sul se punire la negazione di un accadimento storico presuppone, a monte, lo scioglimento del quesito sul perché o per cosa punire. L'individuazione del bene giuridico da porre al centro di un'ipotetica tutela penale contro le aggressioni del dire negazionista diventa una questione di capitale importanza. Finora, e non senza buone ragioni, la scelta più frequente nelle legislazioni compulsate è stata quella di ancorare l'incriminazione all'offesa di un ordine pubblico i cui confini oscillano tra il territorio nazionale e lo spazio europeo.

Non senza buone ragioni, si diceva.

Con il suo carico di contraddizioni sociali ed economiche, l'Europa di oggi fatica a ricordare il fondamentale "mai più" sul quale ha edificato la casa comune delle moderne democrazie costituzionali. Il discorso negazionista rappresenta un'aggressione alle fondamenta etico-giuridiche da cui ha preso il largo la ricostruzione nel dopoguerra. Negare, abolire, annientare il deposito mnestico della Shoah significa rimuovere ciò che è stato e fornire un piano inclinato perché riaccada. La graduale scomparsa degli ultimi sopravvissuti all'esperienza concentrazionaria ha posto le generazioni successive ad Auschwitz di fronte alla necessità di mantenere vivo il ricordo di un male che, banale nella sua genesi, si è rivelato radicale nelle conseguenze, al punto da mettere a repentaglio, oltre all'idea di Europa, la sopravvivenza di un suo gruppo rappresentativo.

Ne discende che «l'orrore e il ripudio del nazismo, dell'antisemitismo e della Shoah costituiscono uno dei pilastri fondanti dell'ordine pubblico ideale della comunità internazionale e dei vari Paesi socialdemocratici usciti dall'immane tragedia della seconda guerra mondiale: in particolare l'Olocausto è diventato quasi la matrice memoriale, la metafora del XX secolo, impedendo che il passato si decanti in memoria, ma prolungandone la presenza come male assoluto»⁹².

Se dunque Auschwitz è un luogo "simbolo" dell'Europa, un evento fondante la stessa Unione Europea come promessa di pace e concordia tra i popoli, si può comprendere come non sia affatto peregrina la proposta di predisporre incriminazioni che colpiscano tesi veicolate da "cattivi maestri" a "cattivi allievi", ritenendole in grado di sovvertire il «patto etico» che regge la federazione europea⁹³.

Seguendo siffatta linea di pensiero, le opinioni negazioniste andrebbero perseguite in quanto la loro falsità venga considerata parte integrante di un disegno propagandistico del quale non occorre attendere gli effetti pregiudizievole, né stabilire il nesso di causalità con i fatti criminosi che ne possano conseguire. Il fondamento delle norme antinegazioniste sarebbe allora reperibile, più che nei caratteri di unicità, originalità, non comparabilità attribuiti all'Olocausto, nel presupposto che la negazione possa correlarsi, alimentandole, a più generali e diffuse condotte antidemocratiche. Da

⁹² Cfr. A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. XXVII.

⁹³ Sull'attacco al patto etico/costituente inferto dai negazionisti cfr. le penetranti osservazioni svolte da E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, pp.166 ss.

questa angolazione, si comprende agevolmente come non solo la liceità del legiferare, ma anche la sua opportunità, è questione che viene a porsi in modo diverso, se il fine è di tutelare l'ordine pubblico e mantenere la pace sociale e non semplicemente quello di tramandare intatta la memoria di eventi eclatanti⁹⁴.

Senonché, al cospetto di questa prospettiva politica, il penalista non può che sollevare almeno due ordini di riserve.

Sotto un primo profilo, si ripresentano intatte tutte le difficoltà che tradizionalmente si incontrano quando si provi a tratteggiare e afferrare un bene giuridico sfuggente come quello dell'ordine pubblico, inteso alla stregua di un insieme di principi e interessi costituzionalmente tutelati compendiabili nel valore della democrazia⁹⁵.

Per altro verso, l'esigenza di conferire maggiore offensività alla condotta punibile, fa agganciare la minaccia di pena alla capacità della posizione negazionista di alimentare o incentivare atti di violenza, di rottura della pace sociale, che troverebbero nel razzismo, nell'antisemitismo e nella xenofobia il loro referente ideale ultimo, coltivato mediatamente dalle argomentazioni negazioniste. In altre parole, la punibilità del discorso controfattuale viene fatta dipendere dalla probabilità che "dalle parole si passi ai fatti", e quindi dall'idoneità di un siffatta vulgata a incidere sulle menti e sui cuori dei destinatari, influenzandone la condotta violenta secondo gli stilemi propri di una causalità psichica da riversare nella scocca dei reati di pericolo.

Il modello di incriminazione prevede infatti una forte arretramento della tutela che, scommettendo, in sostanza, sulla punibilità di forme anticipate di istigazione all'odio razziale, ripropone il dibattito sulla legittimità dei reati di pericolo. Sul punto, va detto che sia una configurazione in termini di pericolo astratto, sia una configurazione in termini di pericolo concreto non convincono del tutto⁹⁶.

Qualora, infatti, si sposi la dibattuta logica del pericolo astratto, e quindi si reprima una condotta che può non istigare direttamente all'odio, e che prescinde dall'idoneità del discorso a conseguire un evento di pericolo, la struttura della norma finisce per riposare su una presunzione assoluta di pericolo – è la scelta della punibilità del negazionismo c.d. semplice – e il nucleo dell'offesa consiste nella repressione della disobbedienza come tale, del mero dissenso, della violazione di un tabù. Una scelta che fa entrare in fibrillazione i postulati del diritto penale liberale, torcendo la proporzione tra pena minacciata e condotta incriminata senza che quest'ultima sia sorretta da verifiche empiriche in grado di dimostrare l'insorgenza di un pericolo statisticamente

⁹⁴ Così R. D'ORAZIO, *La memoria doverosa. L'esperienza francese delle lois mémorielles*, in V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, pp. 428 s., con approfondimenti sulla famigerata *loi Gayssot*.

⁹⁵ *Contra* A. PUGIOTTO, [Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale](#), in *questa Rivista*, 15 luglio 2013, p. 13.

⁹⁶ Per un meditato ripensamento della legittimità e dell'utilità della categoria dei reati di pericolo cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012.

rilevante per il bene protetto⁹⁷. Certo, a tali preoccupazioni si potrebbe replicare che richiedere la prova di una più accentuata offensività, e quindi della concretezza del pericolo innescato con le parole, fa sorgere il seguente, polemico interrogativo: di grazia, «quali altre parole dovrebbe prevedere il discorso negazionista perché si intraveda finalmente, in tale condotta, una “idoneità a fini istigatori del messo di diffusione utilizzato”? Sono davvero necessarie parole più esplicite (del tipo: uccidiamo gli ebrei ancora in circolazione)?»⁹⁸. Al contrario, sarebbe proprio l’eccezionale gravità del risultato temuto a giustificare, malgrado la scarsa rilevanza statistica del rischio per il bene protetto, il divieto di diffondere, anche con modalità apparentemente neutre, e perciò maggiormente insidiose, ideologie antiumane, e quindi a legittimare tutte le misure necessarie per scongiurarlo.

Anche la strada del pericolo concreto, della punibilità del negazionismo qualificato dal pericolo per la pace pubblica, percorsa dalla direttiva e dalla recente riforma dei reati di opinione, non si rivela meno problematica. Ancorare la pena alla prova della determinazione dell’altrui volontà, reclamando evidenze che i contenuti del pensiero negazionista abbiano assunto forme tali da istigare al delitto, significa condannare la fattispecie a un uso meramente retrospettivo, trasformando il reato di pericolo in reato di danno. La prova della causalità psichica, di per sé mai agevole, diventa ancora più ostica se rapportata alla concretizzazione del pericolo, perché lo scivolamento verso logiche del senno di poi è fatale. Come si fa ad accertare che il discorso di uno “storico” negazionista ha in concreto esaltato le *chance* di offesa dell’ordine pubblico? È sufficiente rintracciare il libro “proibito” nella casa del “ribelle” che si disponeva a far saltare in aria la sinagoga?

L’operazione di raccordare il pensiero negazionista all’effettiva messa a repentaglio di un bene giuridico così impalpabile (e per certi versi ancora da costruire) come l’ordine pubblico porta a una resa veloce, di fronte all’impossibilità di dimostrare tanto l’immediatezza del pericolo di azioni violente (si punirebbe ..., “a babbo morto”, quando l’azione violenta è già stata realizzata ed esistono fattispecie *ad hoc* per reprimerla), quanto l’elemento soggettivo, e cioè che il negazionista puntasse a riscaldare gli animi, avendo di mira la sovversione della pace sociale nazionale o euro-unitaria. E ciò perché la sofisticazione del messaggio negazionista sta (anche) nell’evitare accuratamente l’errore di manifestare apertamente elementi istigativi (i negazionisti tutto sono fuorché ingenui), e perché nel contesto storico attuale la presenza di una maggioranza contraria/indifferente al recepimento dei *dicta* negazionisti rende assai improbabile la conversione di un pensiero individuale, ammantato di falsa scientificità, in una istigazione suscettibile di essere accolta.

⁹⁷ Cfr. A. MERLI, *Relazione introduttiva*, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino*, 1/2013, pp. 18 ss.

⁹⁸ Cfr. D. BIFULCO, *Negare l’evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, Milano, 2012, p. 46.

10. ... alla dignità della persona offesa dalla maldicenza negazionista.

Di fronte alle secche di una discussione centrata sull'ordine pubblico (da capire se di marca nazionale o europea, si tratta di differenza di non poco conto) e sulla dialettica "reato di pericolo astratto"/"reato di pericolo concreto", è auspicabile un mutamento di prospettiva che indirizzi lo sguardo verso un diverso e più pregnante profilo dell'offesa.

In nuce, il disvalore penale del negazionismo non si esaurisce negli echi di una propaganda più o meno dichiaratamente razzista, esprimendo altresì una subdola forma di antisemitismo condensata in una manifestazione del pensiero che solo genericamente ed eventualmente contiene elementi di incitamento o di istigazione all'odio, alla violenza, al turbamento dell'ordine pubblico.

Le espressioni dei negazionisti – nella loro forma più ricorrente – non pongono di per sé in discussione un assetto politico, ma rappresentano, sia pure in via mediata, e perciò ancora più insidiosa ("Auschwitz è un falso utile alla causa politica ebraica", "gli ebrei sono bugiardi"), una negazione della vicenda esistenziale di intere famiglie che hanno vissuto la tragedia della deportazione e della morte, esperienza che ha segnato in modo indelebile (si pensi al numero di matricola sul braccio) la personalità dei "salvati" e dei loro discendenti.

Potrà sembrare paradossale, ma la discussione che investe la punibilità del "negazionismo semplice" fa registrare meno scosse di quella relativa all'apparentemente più *penalistically correct* "negazionismo qualificato" dall'aver messo a repentaglio l'ordine pubblico⁹⁹. L'oggettività giuridica colpita dalle libere espressioni dei negazionisti, molto prima che a sussultare sia un etereo ordine pubblico di livello sovranazionale, è la dignità di chi, attraverso quelle espressioni, vede negata una personale e decisiva dimensione identitaria.

Il riferimento alla dignità umana smorza il vigore della critica incentrata sui reati di opinione, quei reati costituiti dall'espressione di un pensiero, di un giudizio, di una valutazione, di un sentimento sanzionato indipendentemente dalla tutela di un bene costituzionalmente significativo, in ossequio a una *ratio* di mero limite al libero confronto e alla continua circolazione delle idee.

La dignità è un bene costituzionalmente rilevante, ricavabile, in via principale, dagli artt. 2, 3, 19 21, 41 Cost.¹⁰⁰ Oggi, peraltro, la troviamo celebrata nel Preambolo della Carta di Nizza (che vanta lo stesso valore giuridico dei Trattati, per effetto dell'art. 6, n. 1, del Trattato sull'unione europea, come modificato dal trattato di Lisbona), dove si afferma che l'Unione si fonda su valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, oltre che sui principi della democrazia e dello Stato di diritto. Il Titolo I, composto da cinque articoli, è dedicato alla "Dignità" e il primo articolo della Carta sancisce l'inviolabilità della

⁹⁹ Contro il riferimento all'ordine pubblico si schiera anche A. PUGIOTTO, [Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale](#), in *questa Rivista*, 15 luglio 2013, p. 13 s.

¹⁰⁰ Sui rapporti tra eguaglianza e dignità nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana cfr. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, pp. 19 ss.

dignità umana, che deve essere rispettata e tutelata. Scorrendo, poi, le “spiegazioni” predisposte dal *Praesidium* della convenzione europea incaricata di redigere la Carta, fondamentale strumento per l’interpretazione delle disposizioni della stessa Carta, si nota come la dignità sia il valore fondante i diritti dell’individuo. Si afferma, infatti, che «la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali». Ne discende, sempre secondo il *Praesidium*, che «nessuno dei diritti sanciti nella presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità umana fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti dalla Carta. Non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto»¹⁰¹.

La Carta dei diritti ha tratto evidente ispirazione dalla Costituzione tedesca, che all’art. 1 sancisce l’intangibilità della dignità dell’uomo e il dovere di ogni potere statale di rispettarla e proteggerla e che riconosce altresì i diritti umani fondamentali e inviolabili come conseguenza della stessa dignità¹⁰².

Nonostante la messe di riferimenti nelle *Grundnormen* interne e internazionali, al tempo della crisi del concetto di bene giuridico, la dignità umana si profila come bene di difficile afferrabilità, manifestando, per taluni aspetti, un carattere proteiforme, valutativo e relativo, che si adegua al mutare dei tempi e risente del livello di sensibilità espressa dalla società e dalle visioni dell’uomo che la caratterizzano¹⁰³.

Continuamente esposto al rischio di usi puramente retorici, quando non alla strumentalizzazione dell’agire politico della maggioranza, esso resta però, quanto

¹⁰¹ Le “spiegazioni” si spingono oltre rispetto al Preambolo, dove la dignità è posta sullo stesso livello di altri valori, quali la libertà, l’uguaglianza e la solidarietà. Secondo il *Praesidium*, invece, posto che la dignità rappresenta la culla dei diritti fondamentali, non sarebbe ammissibile alcun bilanciamento o limitazione della stessa in funzione di una maggior tutela di qualsiasi diritto fondamentale.

¹⁰² È noto che in Germania la necessità di affermare fin dal primo articolo del *Grundgesetz* l’intangibilità della dignità umana e lo stretto legame tra questa e i diritti dell’uomo sorge dalla volontà di recidere qualunque collegamento con il precedente regime nazista e con la sistematica violazione della dignità umana che ne aveva contrassegnato l’intera vicenda storica.

¹⁰³ Per un’analisi delle molteplici applicazioni del parametro della dignità a opera della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione cfr., in senso critico, G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del diritto*, 2011, pp. 45 ss. Per un’aspra critica, da prendere in seria considerazione, alla recente e generale tendenza a rinvenire nella dignità umana, o meglio, nella duttilità del suo impiego, un fondamento delle scelte di incriminazione, e tesa a smascherare le insidie che talvolta si celano dietro quello che sarebbe un autentico *passerpartout* argomentativo, cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e ‘post-secolarismo’*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 558 ss.; A. TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, pp. 885 ss.; Id., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, *passim*; G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell’intervento penale*, in questa *Rivista*, 30 settembre 2013, pp. 52 ss. Sui profili d’indeterminatezza del concetto di dignità v. anche H. ZIPF, *Politica criminale*, tr. it. di A. BAZZONI, Milano, 1989, p. 79. Scettici sulla possibilità di fondare il contrasto penale del negazionismo sulla dignità si mostrano E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, p. 135; 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*, n. 3/2011, p. 146; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in questa *Rivista*, 15 luglio 2013, p. 15.; M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, pp. 49 ss.

meno “in negativo”, nella formulazione intuitiva di cosa è contrario alla dignità, un principio di fondamentale importanza nell’argomentazione giuridica costituzionale¹⁰⁴.

Ed è per questo motivo che, nella consapevolezza dei limiti del concetto, riteniamo promettente l’impegno – impossibile da esaurire nelle presenti note – volto a mettere in luce tanto i profili di ambiguità quanto i margini di affinamento delle trame assiologiche di una “sostanza” che solo da poco vive la stagione delle attenzioni nell’elaborazione teorica dei penalisti¹⁰⁵.

Nello studio del diritto penale, il valore della dignità umana è stato invocato principalmente come barriera agli eccessi dell’utilizzo di misure coercitive. L’art. 27, comma 3, Cost., con il suo richiamo all’umanità dell’esecuzione penale, letto in congiunzione con l’art. 1, comma 1, della legge sull’ordinamento penitenziario, rappresenta – troppe volte solo “sulla carta” – un baluardo contro la degradazione della persona per scopi di utilità sociale. Il ragionamento sulla dignità umana obbliga il legislatore e il giudice a riflettere sulle conseguenze afflittive della penalità, ma, in realtà, tale ragionamento può utilmente essere svolto anche proiettando il medesimo valore a fondamento delle scelte di criminalizzazione¹⁰⁶. La dignità umana può cioè diventare oggetto in sé della tutela e motivare alla ricerca di addentellati materiali e spirituali, la cui sostanza, “in positivo”, possa far dire se la dignità sia stata calpestata o meno¹⁰⁷.

Lungo questa direttrice si sono snodate le ricerche del noto *capability approach* intorno ai perni di senso della fragilità e della vulnerabilità delle persone, tanto più evidenti quanto meno siano riconosciute le condizioni sociali per il funzionamento delle c.d. capacità¹⁰⁸. La possibilità di configurare la comminatoria edittale in funzione di riequilibrio degli svantaggi e delle incapacità che siano frutto di condotte abusive perpetrate da terzi schiude a una considerazione della dignità umana quale insieme delle condizioni necessarie a uno sviluppo della persona che le consenta di vivere un’esistenza piena, contribuendo a ridurre il livello di indeterminatezza del concetto¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Cfr. D. PULITANÒ, *Sostenibilità morale del diritto penale ed etica della democrazia*, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino*, 1/2013, p. 109 s.; W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, pp. 125 ss.

¹⁰⁵ Per un convincente tentativo di affinamento del concetto di dignità cfr. F. BACCO, *Dalla dignità all’eguale rispetto. I limiti penalistici alla libertà di espressione tra libertà e uguaglianza*, di prossima pubblicazione in *Quaderni costituzionali*.

¹⁰⁶ Fondamentale sul tema l’approfondimento di G. FORTI, «*La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità*». *L’apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in *Jus*, 2008, pp. 306 ss.

¹⁰⁷ Osserva puntualmente F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia “sostanziale”*, in *Quad. cost.*, 2010, pp. 444 s., che una tendenza del diritto penale interno e internazionale è quella verso l’esaltazione della tutela di valori ideali, tra i quali primeggia la dignità. Peraltro, secondo il chiaro autore, questo processo di spiritualizzazione del diritto penale cui fa da *pendant* un’attenuazione della corporeità naturalistica propria del liberalismo classico, non determina per ciò solo «una rottura traumatica del rapporto tra diritto penale e laicità».

¹⁰⁸ Cfr. M. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità di diritti*, tr. it. di W. MAFFEZZONI, Bologna, 2001, *passim*.

¹⁰⁹ G. FORTI, «*La nostra arte è un essere abbagliati dalla verità*». *L’apporto delle discipline penalistiche nella costruzione della dignità umana*, in *Jus*, 2008, p. 308.

La negazione dello sterminio nazista aggredisce la dignità umana? E quali capacità intacca, inibendo lo sviluppo di una vita che possa dirsi piena e al riparo da situazioni di vulnerabilità evitabili con l'intervento compensatore del diritto? Lo scandalo della nuova *doxa* si risolve in una discriminazione che colpisce (almeno) una delle dieci condizioni identificate da Martha Nussbaum come capacità fondamentali per il rispetto della dignità umana. In particolare, a venire meno e ad abbisognare di essere riequilibrata, se del caso con la minaccia di pena, è la capacità definita come:

«7. *Unione*. a) Essere in grado di vivere con gli altri e rispetto agli altri, di riconoscere e mostrare interesse per altri esseri umani, di impegnarsi in diverse forme di interazione sociale; **essere in grado di immaginare la posizione di un altro e di avere compassione per quella situazione**; essere capace sia di giustizia sia di amicizia. (...) b) **Avere le basi sociali per il rispetto di sé e per non essere umiliati; poter avere una dignità pari a quella di tutti gli altri. Questo implica, come minimo, protezione contro le discriminazioni sulla base della razza, del sesso, dell'orientamento sessuale, religione, della casta, dell'appartenenza etnica o della nazionalità**. Sul posto di lavoro, poter lavorare come un essere umano, esercitare la ragion pratica ed entrare in relazioni significative di reciproco riconoscimento con altri lavoratori»¹¹⁰.

La negazione di Auschwitz e di tutto ciò che Auschwitz significa, reca con sé, come prima e immediata forma di offesa, un attacco alla dignità di quelle persone che da Auschwitz sono state indelebilmente segnate nella loro biografia esistenziale. Le parole dei negazionisti si rivolgono a Sempronio (l'opinione pubblica) perché Tizio intenda (gli ebrei e gli altri sopravvissuti). Per quanto si cerchi di ridimensionare il fenomeno, sdrammatizzandone le conseguenze e irridendone gli autori, al fondo resta che negare la Shoah significa negare la sofferenza di chi l'ha patita sulla propria pelle.

Ecco perché le parole dei negazionisti umiliano, *in primis*, gli ebrei e/o chiunque si porti dentro il marchio di una vicenda straziante e costitutiva della sua identità. Esse, peraltro, rappresentano una discriminazione che colpisce non solo la dignità degli ebrei, ma anche di quanti (non pochi) hanno sofferto Auschwitz, perché costoro vengono ri-collocati su di un piano diverso e inferiore rispetto a quello abitato dai sedicenti demistificatori della "menzogna di Auschwitz" e da quanti sono "vittime ingenuie" del "complotto giudaico"¹¹¹.

Una peculiare assonanza con la condizione di esercizio della dignità umana ritagliata intorno alla tutela della dignità personale da discriminazioni compiute sulla base della razza si trova nella sentenza della Corte costituzionale tedesca che, affrontando il tema della sfera dell'identità ebraica colpita dal negazionismo, traduce la necessità di poter contare su basi sociali per il rispetto di sé – per evitare umiliazioni, per godere di una dignità pari a quella degli altri e quindi per essere protetti contro le

¹¹⁰ Cfr. M. NUSSBAUM (2001), *Diventare persone. Donne e universalità di diritti*, tr. it. di W. MAFFEZZONI, Bologna, 2001, pp. 97 ss.

¹¹¹ In questa cornice, soluzioni normative antinegazioniste dovrebbero assolvere alla funzione di prevenire e rimuovere gli effetti della discriminazione, favorendo un dispiegamento pieno della dignità delle vittime.

discriminazioni e contro i *deficit* di riconoscimento interpersonale – nel concetto della c.d. autocomprensione:

«lo stesso fatto storico che, in base al criterio della discendenza fatto proprio dalle cosiddette leggi di Norimberga, alcuni esseri umani siano stati selezionati e privati della loro personalità con lo scopo dello sterminio, attribuisce agli ebrei che vivono nella Repubblica federale tedesca un particolare rapporto personale con i loro concittadini; in tale rapporto, quel che è accaduto è ancora oggi presente. Fa parte della loro personale autocomprensione essere considerati come appartenenti a un gruppo di persone che si distinguono dalle altre per una particolare sorte, persone nei confronti delle quali sussiste una particolare responsabilità morale di tutti gli altri, e ciò è parte della loro dignità. Il rispetto di questa autocomprensione è per ciascuno di loro una delle garanzie contro il ripetersi di siffatte discriminazioni e una condizione essenziale per la loro vita nella Repubblica Federale. Chi cerca di negare quegli avvenimenti contesta a ciascuno di loro il valore personale al quale essi hanno diritto. Per ogni interessato, questo significa il proseguimento della discriminazione del gruppo di esseri umani al quale appartiene e, quindi, della sua persona»¹¹².

La considerazione di una singolare sorte collettiva, quale elemento fondante l'identità personale dell'ebreo, impegna la responsabilità morale della maggioranza dei consociati a vigilare sulle discriminazioni che attentano a quella fondamentale autocomprensione. Il riferimento all'aspetto identitario e alla discriminazione riempie il concetto di dignità di contenuti giuridicamente significativi, che facilitano il suo ingresso nel bilanciamento con altri valori come la libera manifestazione del pensiero¹¹³.

¹¹² Cfr. BVerG 13 aprile 1994, in *BVeGe* 90, 241, e in *Giur. cost.*, 1994, pp. 3387 ss., cit. Per una recente valorizzazione della dignità nella giurisprudenza tedesca, in relazione al controverso § 14.3 della normativa sulla sicurezza aerea, cfr. A. NISCO, *Necessità, emergenza e dignità umana: note sul caso della legge tedesca sulla sicurezza aerea (Luftsucherheitsgesetz)*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 780 ss. Sul punto, sottolineando il cosmopolitismo dei diritti umani in materia penale, v. V. MANES, *Introduzione*, in V. MANES- V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 61 ss.

¹¹³ G. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, 2013, p. 13, in una stimolante riflessione sui rapporti tra dignità umana e diritto penale, dopo aver individuato nella manifestazione di atteggiamenti ispirati al razzismo l'unico ambito in cui non si possa escludere la punizione di condotte, ancorché consistenti nella diffusione di idee a sfondo razziale, che comportano una negazione della persona umana come valore in sé, osserva condivisibilmente: «la frequente obiezione secondo la quale sarebbe necessario, anche in questa materia, definire il limite della tutela tenendo conto di altri interessi potenzialmente in conflitto (tra i quali, *in primis*, quello sotteso alla libertà di opinione, che verrebbe sacrificata in mancanza di un pericolo effettivo) non appare convincente; la negazione dell'identità e delle qualità intrinseche proprie di ogni essere umano in ragione della sua diversa origine e appartenenza viene a escluderlo radicalmente dalla stessa dimensione essenziale propria dell'"altro", cancellandolo dai rapporti sociali ed interpersonali fino al punto di considerarlo *tamquam non esset*. Non si tratta solo di domandarsi se le logiche democratiche del "dialogo" e della "non violenza" nella sfera pubblica o privata vengano ostacolate o svilite da simili atteggiamenti; è lo stesso "interlocutore" parte di quel possibile dialogo che viene ad essere privato dell'attributo dell'"umano" e relegato senza meno ad una sottospecie dei viventi. E sarebbe allora singolare che l'ordinamento si preoccupasse (come in effetti accade) di tutelare l'"onore" di

Il ragionamento della Corte modifica sostanzialmente i termini del conflitto: non più libertà *vs* ordine pubblico, ma libertà *vs* dignità. Una volta che la dignità entri nel gioco della comparazione, si potrà anche sostenere che sia la libertà di espressione a dover trionfare e, come si è visto, vi è più di un motivo per coltivare questa prospettiva. Oppure, si potrà sostenere che la dignità debba prevalere su chi afferma il falso. Questa seconda pista, sebbene non priva di taluni svantaggi, pare la più plausibile, soprattutto se si conviene sul fatto che la dignità rappresenti la premessa antropologico-culturale dello Stato costituzionale, e che insieme alla democrazia liberale, quale sua conseguenza organizzativa, funga da “controlimite” ad abusi libertari che si concretano in una ferita all’esercizio di capacità personali¹¹⁴.

Peraltro, sarebbe oltremodo limitante ritenere che a essere scosso dall’insulto negazionista sia un concetto di dignità declinato al singolare, e relativo alla personale e decisiva dimensione identitaria di chi – vittima, parente o amico delle vittime dello sterminio – viva una esperienza di degradazione.

La dignità incisa ha sostanza collettiva e assorbe in una dimensione unitaria sia il sentimento di chi con l’esperienza del nazismo abbia maturato un’esperienza familiare diretta sia il senso di umanità generato dalla comprensione della sofferenza altrui, dall’empatia minacciata in ognuno di noi tutte le volte in cui, così patentemente, si neghi o disattenda la sofferenza delle vittime, di ogni vittima. Non solo la comprensione di *quelle* vittime, dunque. Quando si nega, contro ogni evidenza storico-fattuale, la sofferenza della vittima si offende la dignità di ogni essere umano, come potenziale vittima a sua volta di offese, facendo sperimentare una sensazione di

chiunque anche di fronte ad un addebito del tutto privo di fondamento – come nel caso, ad es., in cui si dia dell’incompetente a qualcuno, mentre non vi era la minima ragione per dubitare del contrario – e lasci invece senza punizione un’offesa che neghi lo stesso essere “qualcuno” il destinatario cui essa si rivolge, rendendolo in tal modo immeritevole della considerazione e del rispetto dovuti alla persona umana in quanto tale». Si tratta di considerazioni spendibili, a mio avviso, anche in relazione al negazionismo, esibendo il merito di richiamare il sottofondo discriminatorio e razzista che attraversa le campagne di studi pseudostorici.

¹¹⁴ I termini del dibattito possono essere resi attraverso la contrapposizione tra *Dignity* e *Liberty*, quali valori caratterizzanti i due diversi approcci al problema del negazionismo: G.E. CARMÍ, *Dignity versus Liberty: The two Western Cultures of free Speech*, in 26 *B.U. Int’l L.J.* 277 (2008); J.C. KNECHTLE, *Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union*, in 36 *Fla. St. U.L.Rev.* 41 (2008). Importante rimarcare la differente sensibilità americana in materia di libertà di espressione. Secondo P.R. TEACHOUT, *Making the “Holocaust denial” a crime: Reflections on European Anti-negationist Law from the perspective of U.S. Constitutional experience*, in 30 *Vt. Law Rev.* 2006, pp. 658 s.: «Anti-negationist prosecutions pose a particular problem for student U.S. constitutional law because they run so clearly counter to what is meant, in the U.S. tradition, by protection of freedom of speech. To those who have come to appreciate the achievement represented by First Amendment jurisprudence, the idea that one can be sent to prison for disagreeing with some officially established view of the past is deeply offensive. It is not just the threat that such a development poses to freedom of thought and expression, it is the dangerous power that it gives to the state to exercise a kind of mind or attitude control. (...) On the other hand, the libertarian approach adopted by the U.S. Supreme Court to protection of speech-based, as it appears to be, on deference to the operation of an unconstrained marketplace of ideas-is likely to strike many European observers as yet another manifestation of a ‘cowboy capitalism’ mentality that has come to characterize the U.S. response to experience generally. It is an approach to protecting freedom of speech that, in the European view, is sadly insensitive to the importance of protecting other competing social interest».

abbandono da parte della società. Non essere soli nella sofferenza, questo chiedono le vittime. Gli studi vittimologici ci segnalano come la forma di vittimizzazione secondaria più grave sia proprio quella che deriva alla vittima dal non sentire compresa e condivisa la propria sofferenza, sicché il miglior sostegno che si possa offrirle consiste in una presa in carico – da attivare, sia ben chiaro, solo in minima parte attraverso la punizione del colpevole – della sua sofferenza da parte della società¹¹⁵. Il negazionismo porta a emersione l'interesse a non essere abbandonati, un interesse collettivo e immateriale che riguarda tutti i soggetti che si trovano nella condizione di potenziali vittime e che aspirano al riconoscimento del torto subito quando questo torto sia evidente.

Abolendo la realtà del campo di sterminio, la maldicenza negazionista abolisce fasci di vita che concorrono a strutturare la vicenda personale delle vittime della catastrofe nazista. Sono gli scampati, in prima battuta, a essere colpiti dall'impostura, perché, negando alle vittime gli accadimenti che le hanno rese tali, le si vittimizza nuovamente, sacrificando la loro dignità mediante un subdolo azzeramento dell'istanza di verità. Ma relegare il contrasto del negazionismo a un affare *degli e per* gli ebrei, e distillarlo nella protezione accordata a quanti tra loro si sentano offesi dalle menzogne solo per ragioni di parentela o di esperienza diretta della vittimizzazione, rischia di azionare una tutela eminentemente soggettiva che contraddice l'aspirazione a universalizzare Auschwitz, a trascenderne i perimetri fisici per rendere quel luogo il paradigma della compromissione umana¹¹⁶.

Le dicerie toccano uno strato profondo e diffuso che va al di là del sentimento individuale di chi, per ragioni biografiche o parentali si senta direttamente diminuito dalla negazione. La negazione di Auschwitz percuote (anche) una sorta di dignità collettiva, che più correttamente intendo rappresentare come umanità, o come senso di umanità¹¹⁷.

Ancorché non rientri nella definizione tecnica di crimine contro l'umanità di cui all'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale¹¹⁸, il negazionismo sembra presentare un profilo caratteristico dei crimini contro l'umanità, perché negare la realtà di un genocidio e dei suoi principali referenti simbolici significa negare l'umano violato nei campi di sterminio e, così facendo, predicare il disumano.

¹¹⁵ Cfr. W. HASSEMER-J.P. REEMTSMA, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, München, 2002, pp. 150 ss.

¹¹⁶ A tacere del rischio di stereotipizzare gli ebrei come vittime eterne, ingabbiati in una etichetta cosificatrice delle minoranze, in modo politicamente poco avveduto. Su questo delicatissimo tema cfr. in particolare, I. ZERTAL, *Israele e la Shoah. La nazione e il culto della tragedia*, tr. it. di P. ARLORIO, Torino, 2002, *passim*. V. anche gli esiti della ricerca di psicologia sociale condotta da M. RAVENNA-A. RONCARATI, *Pensieri ed emozioni nei confronti degli ebrei*, in *Psicologia sociale*, 2007, pp. 523 ss. Sulla saturazione e banalizzazione dell'Olocausto nella nostra cultura v. anche A. CAVAGLION, *Ebrei senza saperlo*, Napoli, 2002.

¹¹⁷ F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, pp. 27 ss., ci ricorda che sono le atrocità più grandi, le abiezioni disumane a illuminare quanto di profondamente umano esiste e resiste tra gli uomini.

¹¹⁸ Su cui rinvio per tutti a G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, tr. it. di A. DI MARTINO, Bologna, 2009, pp. 301 ss.

Tematizzare e definire l'offesa all'umanità recata dalle parole di chi nullifica l'orrore di Auschwitz costituisce una sfida impervia e affascinante, che qui si può solo abbozzare, ricorrendo ad alcune suggestioni letterarie¹¹⁹.

11. Dalla parte di Shylock: l'umanità dolente e la concezione personalistica del bene giuridico.

Per toccare con mano come l'umanità di tutti venga degradata dalle "non parole" dei negazionisti, mi affido a tre brani altamente istruttivi, che forniscono le coordinate basiche di quel sentimento di umanità, contenuto nell'art. 27, comma 3, Cost., da concepire come interesse meritevole di tutela, sia pure in via mediata¹²⁰.

Un primo riferimento va all'immortale Shylock e al suo lamento:

«Non ha occhi un ebreo? Non ha mani, organi, statura, sensi, affetti, passioni? Non si nutre anche lui di cibo? Non sente anche lui le ferite? Non è soggetto anche lui ai malanni e sanato dalle medicine, scaldato e gelato anche lui dall'estate e dall'inverno come un cristiano? Se ci pungete non diamo sangue? Se ci fate il solletico, non ridiamo? Se ci avvelenate, non moriamo?»¹²¹.

Proviamo a sostituire il termine «ebreo» con il termine «uomo» e avremo la cartina di tornasole della condizione umana, dell'esistenza di una elementare, fisica con-fraternità. Perché questo dato così materiale, biopolitico, di «nuda vita», dilaniato nei *lager*, possa rischiarare anche le menti di chi non è stato direttamente toccato dalla follia nazista, diamo la parola all'ufficiale italiano Emilio Lussu che, durante la prima guerra mondiale, nel mezzo di una sortita notturna, raggiunge strisciando una posizione dalla quale osserva la trincea nemica. Dopo ore di appostamento, ecco arrivare un ufficiale austriaco, e Lussu afferra come per automatismo il fucile del caporale che lo accompagna, pronto a uccidere l'avversario per poi fare ritorno al campo con la preziosa "selvaggina":

«L'ufficiale austriaco accese una sigaretta. Ora egli fumava. Quella sigaretta creò un rapporto improvviso fra me e lui. Appena ne vidi il fumo, anch'io sentii il

¹¹⁹ Sul contributo metodologico recato dagli studi del movimento *Law & Literature* alla comprensione della multiforme sostanza giuridica, e di quella penale in particolare, cfr. ora G. FORTI-C. MAZZUCATO-A. VISCONTI (a cura di), *Giustizia e Letteratura*, I, Milano, 2012.

¹²⁰ Nel nostro codice penale tuteliamo il sentimento religioso, del pudore, di pietà per i defunti e per gli animali, ma non il senso di umanità. Sul diritto penale e la tutela dei sentimenti cfr., tra gli altri, F. BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1165 ss.; F. GIUNTA, *Verso un rinnovato romanticismo penale? I reati in materia di religione e il problema della tutela dei sentimenti*, in M. BERTOLINO-L. EUSEBI-G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, pp. 1539 ss.; M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Milano, 2010, pp. 41 ss.; e, volendo, M. CAPUTO, *Eventi e sentimenti nel delitto di atti persecutori*, in M. BERTOLINO-L. EUSEBI-G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, pp. 1373 ss.

¹²¹ W. SHAKESPEARE, *Il mercante di Venezia*, tr. it. di C.V. LODOVICI, Torno, 1960, p. 38.

bisogno di fumare. Questo mio desiderio mi fece pensare che anch'io avevo delle sigarette. Fu un attimo. Il mio atto del puntare, ch'era automatico, divenne ragionato.

Dovetti pensare che puntavo, e che puntavo contro qualcuno. L'indice che toccava il grilletto allentò la pressione. Pensavo. Ero obbligato a pensare. ... Forse, era quella calma completa che allontanava il mio spirito dalla guerra. Avevo di fronte un ufficiale, giovane, inconscio del pericolo che gli sovrastava. Non lo potevo sbagliare.

Avrei potuto sparare mille colpi a quella distanza, senza sbagliarne uno.

Bastava che premessi il grilletto: egli sarebbe stramazza al suolo. Questa certezza che la sua vita dipendesse dalla mia volontà mi rese esitante. Avevo di fronte un uomo. Un uomo! Un uomo!

Ne distinguevo gli occhi e i tratti del viso. La luce dell'alba si faceva più chiara e il sole si annunciava dietro la cima dei monti. Tirare così, a pochi passi, su un uomo ... come su un cinghiale»¹²².

In un acuto commento al testo, Alain Finkielraut nota che Lussu viene «colpito dal fulmine dell'evidenza».

«La sconcertante scoperta non è un'osservazione dell'intelligenza, è un moto dell'immaginazione. Sotto l'effetto del riconoscimento, Lussu si mette al posto dello sconosciuto che tiene in suo potere. Senza il minimo avvertimento, la pietà lo sommerge. La pietà, cioè in questo caso non solo la ripugnanza a veder soffrire il proprio simile, ma l'identificazione con la sofferenza mortale che si appresta a infliggergli. Era uno ed ecco, involontariamente diventa due. Il cechino sente il dolore del suo bersaglio, l'uomo appostato soffre per la sua preda»¹²³.

Ci si accorge così di come l'appartenenza all'umanità e il sentimento che deriva da questa appartenenza, fondandosi sul moto dell'immaginazione, reclamino una capacità di immedesimazione nell'altro, di riconoscimento, di empatia, che richiede, per essere attivata, un *Anlaß*, un'occasione che stimoli meccanismi di associazione e identificazione¹²⁴. Nel caso di Lussu, il "richiamo qualificato" che accende la riflessione sulla comune umanità è data dalla brace di una sigaretta. Cancellare i referenti simbolici dell'Olocausto elimina gli *Anlaß*, compromette la capacità di immedesimazione nelle vittime, aggredisce la possibilità di pensarci come loro, di innescare un universale riflessivo. Negando l'esperienza del disumano, si nega l'umano¹²⁵. La negazione delle vittime genera una negazione della disumanità e interrompe il processo mnestico di empatia, un processo essenziale per tenere vivo il senso di umanità¹²⁶.

¹²² E. LUSSU, *Un anno sull'altipiano*, Torino, 1945, pp. 136 s.

¹²³ Cfr. A. FINKIELRAUT, *L'umanità perduta. Saggio sul XX secolo*, tr. it. di L. PIERSANTI, Torino, 2009, p. 34.

¹²⁴ Sul concetto di *Anlaß* v. G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 230 ss.; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Milano, 2004, pp. 156 ss.

¹²⁵ Cfr. il passo immortale di PICO DELLA MIRANDOLA, *De Hominis Dignitate*: «Non ti ho fatto celeste né terrestre, non ti ho fatto mortale né immortale, affinché, sovrano di te stesso, tu completi liberamente la tua stessa forma, al modo di un pittore o di uno scultore. Tu potrai degenerare in forme inferiori come quelle delle bestie, o rigenerato, raggiungere le forme superiori, che sono divine».

¹²⁶ Sul ruolo del diritto penale nel contrastare i meccanismi di corruzione delle c.d. norme di salienza, norme morali che ciascuno di noi porta con sé e che governano le nostre scelte quotidiane, favorendo il

Viene meno l'umanità e la tenerezza dell'esitazione di Lussu, quell'umanità e quella tenerezza perse non si sa quante volte dai carnefici di Hitler, impediti a opporre la resistenza del pensiero al "corso inevitabile delle cose", a sentire e presentire, a scorgere tratti di somiglianza umana con le vittime, indifferenti a un comune destino perché impegnati a perseguire l'impersonalità di un massacro attuato con rara efficienza burocratica¹²⁷.

Il negazionismo si sforza di cassare la somiglianza, la comunanza, la fraternità¹²⁸. Inibisce la "messa al posto" degli sconosciuti, dei morti senza nome, degli indistinti, sfibra il tratto di corda che ci lega a loro, vieta di pensarsi come umanità, atrofizza la (tanto fondamentale quanto impervia) relazione memoriale con chi non c'è più.

Per recuperare il valore inestimabile di questa relazione, sia consentito rifarci, infine, a un episodio descritto da Primo Levi ne *La Tregua*:

«Hurbinek era un nulla, un figlio della morte, un figlio di Auschwitz.

Dimostrava tre anni circa, nessuno sapeva niente di lui, non sapeva parlare e non aveva nome: quel curioso nome, Hurbinek, gli era stato assegnato da noi, forse da una delle donne, che aveva interpretato con quelle sillabe una delle voci inarticolate che il piccolo ogni tanto emetteva. Era paralizzato dalle reni in giù, e aveva le gambe atrofiche, sottili come stecchi; ma i suoi occhi, persi nel viso triangolare e smunto, saettavano terribilmente vivi, pieni di richiesta, di asserzione, della volontà di scatenarsi, di rompere la tomba del mutismo. La parola che gli mancava, che nessuno si era curato di insegnargli, il bisogno della parola, premeva nel suo sguardo con urgenza esplosiva: era uno sguardo selvaggio e umano a un tempo, anzi maturo e giudice, che nessuno fra noi sapeva sostenere, tanto era carico di forza e di pena ... Hurbinek, che aveva tre anni e forse era nato in Auschwitz e non aveva mai visto un albero; Hurbinek, che aveva combattuto come un uomo, fino all'ultimo respiro, per conquistare l'entrata nel mondo degli uomini, da cui una potenza bestiale lo aveva bandito; Hurbinek, il senza nome, il cui minuscolo avambraccio era pure stato segnato col tatuaggio di Auschwitz; Hurbinek morì ai primi giorni del marzo 1945, libero ma non redento. Nulla resta di lui: egli testimonia attraverso queste mie parole»¹²⁹.

Sempre Finkelraut fa rilevare come la scrittura, la parola, il fluire del *logos*, sventino il programma dell'oblio, dell'annientamento, della sconoscenza. La letteratura ridà al piccolo morto indistinto la sua fisionomia, la sua singolarità irripetibile, lo sottrae al nulla, gli restituisce umanità. La negazione della disumanità può forse

richiamo del precetto nella situazione concreta in cui ci si trova ad agire, cfr. G. FORTI, *Le prospettive di una responsabilità penale "appropriata" nell'era della ipercomplessità*, 2013, pp. 10 ss. dal dattiloscritto, con richiami al pensiero di G. BAGNOLI, *L'autorità della morale*, Milano, 2007, pp. 139 ss.

¹²⁷ In ordine all'«appannamento della capacità di pensare e della facoltà di giudizio» di cui fa le spese «l'idea di persona umana», sulla scorta di essenziali suggestioni arendtiane, cfr. G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni « liberali » e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, pp. 295 ss.

¹²⁸ Per una riscoperta del ruolo della fraternità in politica e nel diritto costituzionale cfr. F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità*, Padova, 2012.

¹²⁹ P. LEVI, *La Tregua*, Torino, 1988, p. 25.

alleggerire talune coscienze, ma rappresenta una prosecuzione della strategia di annientamento dell'umano partorita dal nazismo: «l'ammassamento nei carri bestiame, le percosse, la fame, il divieto della parola, la testa rasata, il numero tatuato, tutto è diretto ad annientare l'identità peculiare di ciascuno e a far sì che l'uomo rimanga soltanto come parte di un unico genere umano»¹³⁰.

Per invertire la deriva dell'indistinzione, Primo Levi utilizza la memoria del sopravvissuto, che riporta nel mondo persone altrimenti perse per sempre, conferendo loro una soggettività che eccede il genere o la specie. I negazionisti, dal canto loro, mirano a sottrarre ai morti i loro connotati di umanità. Oltre alla parola e al nome, negandone lo scempio della fine, sottraggono loro un volto. Senza volto diventa impossibile l'incontro, diventa impossibile subire, come Lussu, la forza di ingiunzione, carica di moralità e mortalità, del volto dell'altro.

Negare è il contrario di ri-conoscere. Posti contro l'avanzata dell'idea di simile e la sua irresistibile universalizzazione, i negazionisti proseguono con altri mezzi il disegno dell'hitlerismo, sostenendo che l'uomo, un certo uomo, che domani potrebbe essere ciascuno di noi, è superfluo. Lo si può negare.

A chi trovasse eccessiva la distanza tra il bene personale della dignità dei sopravvissuti e dei loro parenti, da una parte, e il bene collettivo del senso di umanità, dall'altra, va chiarito come sia possibile rinvenire un punto di equilibrio tra le due istanze, da posizionare entro una configurazione plurioffensiva del reato, in grado di accogliere una ricostruzione del senso di umanità conforme ai canoni di un orientamento personalistico dei beni superindividuali. Bisognerebbe, pertanto, rileggere il senso di umanità agganciandolo a relazioni interpersonali più facilmente accessibili perché filtrate dalla "luce" della dignità umana.

I dettami della concezione personalistica del bene giuridico, che oggi sembra forse conoscere qualche rinnovata vitalità grazie al richiamato approccio delle capacità¹³¹, postulano che, «anche se in forma remota o addirittura simbolica, occorre che il contenuto offensivo del reato sia modellato – almeno di regola – su una relazione interpersonale di rilevanza sociale», come corollario della natura personale della sanzione criminale¹³². Muovendo dal presupposto che all'origine di ogni bene meritevole di tutela penale debba esservi un bisogno individuale, e che «il suo mancato appagamento sia destinato a produrre apprezzabili effetti negativi sull'intera personalità individuale, condizionandone lo sviluppo e la sua strutturazione»¹³³, ciò che si richiede perché si possa predicare la concretizzazione dell'interesse

¹³⁰ Cfr. A. FINKIELRAUT, *L'umanità perduta. Saggio sul XX secolo*, tr. it. di L. PIERSANTI, Torino, 2009, p. 104.

¹³¹ Per una declinazione di tale approccio nel quadro di una ricerca trasversale sui codici penali europei cfr. G. FORTI et al., *L'ordinamento lessicale dei beni giuridici personali nella parte speciale del codice penale. Un'analisi quantitativo-strutturale sui codici di 20 Paesi secondo la prospettiva delle «capacità»*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova, 2013, pp. 362 ss.

¹³² Cfr. F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 463.

¹³³ Cfr. F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 467 s.

sovraindividuale è che affiori una vicenda conflittuale tra due soggetti, capace di incarnare e inverare in una dimensione intersoggettiva il disvalore dell'offesa¹³⁴.

Il vantaggio di questa concezione è che essa ancora la punibilità a una relazione intersoggettiva senza espungere la capacità diffusiva dell'offesa, che continua a implicare «il “raggruppamento” di interessi individuali in fasci più o meno consistenti, e pertanto legati anche nell'eventuale cattiva sorte determinata da un'aggressione criminale»¹³⁵.

12. Per non andare oltre il segno.

Superato positivamente il giudizio di meritevolezza di pena – le affermazioni dei negazionisti offendono la dignità delle vittime dello sterminio e aggrediscono il senso di umanità, già violato dal nazismo – ci si cimenta adesso con lo scoglio del *test* sul bisogno di pena. *Test* che, se si aderisse supinamente ai contenuti della Decisione Quadro e al *trend* europeo, dovrebbe dirsi già concluso, in termini analogamente favorevoli.

Non sorprende allora che il disegno di legge, recentemente approvato in Senato (senza che fosse avvertita la necessità di azionare il freno dei contro-limiti), abbia percorso in modo deciso la strada della punibilità del negazionismo. Si registrano alcuni passi in avanti rispetto alla versione precedente: in particolare, è da segnalare l'estromissione dal circuito dei comportamenti punibili delle equivoche condotte di minimizzazione e giustificazione, opzione che portava con sé il rischio di equiparare la posizione dei revisionisti a quella dei negazionisti.

In secondo luogo, il legislatore della riforma si sottrae al *diktat* della clausola di pericolosità, evitando di menzionare tra i requisiti della fattispecie l'idoneità istigatoria della negazione. Si tratta di scelta che si presta a una duplice chiave di lettura: da un lato, potrebbe significare la costruzione di un reato a pericolo astratto, con un'offesa all'ordine pubblico ritenuta *in re ipsa*, con tutti i dubbi che tale presunzione solleva per le ragioni precedentemente esposte. Dall'altro, e sarebbe soluzione più in linea con una configurazione personalistica della tutela – ancorché difficile da difendere sotto il profilo della collocazione topografica della nuova norma – è possibile che il legislatore abbia fatto leva sulla parte del comma 2 dell'art. 1 della Decisione Quadro che lascia aperta un'alternativa sulla quale meditare («ai fini del paragrafo 1, gli Stati membri possono rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico **o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi**»). Ne deriva la seguente, possibile configurazione del margine di manovra per lo Stato membro, autorizzato a incriminare

¹³⁴ Cfr. F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 481: «la concretizzazione deve dunque essere intesa come criterio di criminalizzazione che allude piuttosto alla necessità che la “distanza prospettica” tra il comportamento incriminato e l'interesse tutelato non sia così ampia da impedire di scorgere quest'ultimo nella concretezza del primo».

¹³⁵ Ancora F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 474.

o condotte lesive dell'ordine pubblico, a patto di rispettare la clausola di offensività del pericolo concreto, o condotte lesive della dignità (bene comprensivo dei valori intaccati da comportamenti minacciosi, offensivi o ingiuriosi) attraverso fattispecie che non richiedono l'esposizione al pericolo per l'ordine pubblico.

Permangono, nondimeno, alcuni corposi limiti, che, in definitiva, non consentono una valutazione compiutamente positiva della traccia normativa.

La precisione guadagnata con l'esclusivo riferimento alla condotta di negazione si perde una volta che l'occhio cada sull'oggetto delle negazione: «i crimini di genocidio, contro l'umanità o di guerra» è espressione troppo lata per esplicitare un'autentica portata selettiva, e rende la norma indeterminata e suscettibile di alimentare le surricordate *history wars*.

Ma a disturbare maggiormente è la collaudata tendenza a puntare tutte le *fiches* della prevenzione generale sulla pena detentiva, senza sondare la praticabilità di alternative meno costose e invasive nel terreno minato della libertà di espressione, frutto di un programma di interventi a diversa intensità preventiva.

Certo, si potrebbe replicare che la Decisione Quadro reclami una soluzione carceri-centrica, ma in realtà essa prevede un margine di autonomia che consente manovre di alleggerimento delle reazioni sanzionatorie, o quanto meno la pianificazione di una strategia multilivello che veda nel carcere una soluzione davvero "limite"¹³⁶.

Il legislatore potrebbe così risolversi a vagliare scenari alternativi che, in uno con il mai sufficiente impegno sul fronte delle politiche culturali e di educazione alla memoria, lo convincano circa l'opportunità di percorrere sentieri tecnicamente più consapevoli e ispirati al canone dell'*extrema ratio* della sanzione detentiva.

È qui possibile fornire solo indicazioni frammentarie. Nel seguire una dinamica scalare rispettosa del principio del minor sacrificio possibile della libertà personale¹³⁷, va innanzi tutto pesato il potenziale inespresso del diritto civile. A riscuotere interesse è, *in primis*, la lezione dell'*holocaust litigation*, con la connessa questione dell'individuazione di eventuali danni risarcibili in capo alle vittime. Certo, ciò presuppone l'identificazione dei legittimati passivi al risarcimento, del bene giuridico leso da tali condotte e degli strumenti per la quantificazione dei danni. Ma si tratta di strada promettente e, sebbene non vi siano molti precedenti, utili indicazioni possono trarsi dall'esperienza tedesca: in alcuni casi le Corti locali hanno liquidato i danni alle vittime, *sub specie* di danni morali, per l'avvenuta lesione della pretesa legittima al riconoscimento delle persecuzioni perpetrate dai nazisti¹³⁸.

¹³⁶ Cfr. G. DE FRANCESCO, *Interessi collettivi e tutela penale. «Funzioni» e programmi di disciplina nell'attuale complessità sociale*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, pp. 940 s.

¹³⁷ Su questa linea di sviluppo nell'attuale temperie politico-criminale cfr. D. PULITANÒ, [Quale agenda per la giustizia penale?](#), in *questa Rivista*, 31 maggio 2013, pp. 3 ss.

¹³⁸ In tema cfr., C.M. CASCIONE, *Negare le ingiustizie del passato: libertà o divieto?*, in G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, p. 456.

Inoltre, assecondando l'obiettivo di preservare la dignità umana da ingiuste discriminazioni, tornerebbe utile un istituto *lato sensu* cautelare che, pensato per altre necessità, se opportunamente adeguato alla particolare realtà del negazionismo, potrebbe rivelarsi congeniale per produrre in tempi rapidi taluni importanti effetti inibitori (si pensi al caso del docente che a lezione escluda la veridicità dell'avvenimento *Shoah*).

Mi riferisco all'azione civile anti-discriminazione *ex art. 44 t.u. immigrazione*, a mente del quale «quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, il giudice può, su istanza di parte, ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione».

Per discriminazione, privilegiando una accezione oggettiva, che prescindendo dalla volontà o intenzione discriminatoria, il legislatore ha inteso, all'art. 43, qualsiasi «trattamento che direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica»¹³⁹.

All'estensione della cognizione del giudice ordinario a casi di disparità di trattamento ispirati da fattori razziali, etnici o religiosi, con effetti pregiudizievole per il soggetto che la subisce, fa da *pendant* una sorta di "atipicità" delle conseguenze civilistiche, perché il giudice, dopo un procedimento a cognizione sommaria, viene lasciato libero di programmare la tutela nel modo più idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione, anche nel caso di discriminazione indiretta. Il penale resta sullo sfondo, ma mantiene una disponibilità a intervenire, di conserva, laddove l'ordine del giudice ordinario rimanga disatteso, come prevede l'art. 44, comma 8: «chiunque elude l'esecuzione di provvedimenti del tribunale in composizione monocratica di cui ai commi 4 e 5 e dei provvedimenti del tribunale di cui al comma 6 è punito ai sensi dell'articolo 388 c.p.». Si appresta una tutela rafforzata a rimorchio di quella civilistica nel caso in cui questa sia rimasta insoddisfatta, spostando il baricentro dell'offesa dall'attacco alla dignità umana a quello dell'autorità delle decisioni giudiziarie.

Un ulteriore scenario, successivo a quelli dell'educazione pubblica e del ricorso a rimedi di matrice civilistica, è stavolta interno al campo penale, e origina dal presupposto che il valore della dignità umana sia già ampiamente protetto da fattispecie incriminatrici esistenti, senza che si avverta l'urgenza di introdurne di nuove. In questa direzione, oltre a verificare la resa della legge speciale che punisce il genocidio, la pubblica istigazione e l'apologia di genocidio (artt. 1 e 8 della

Contro qualunque forma di repressione giuridica del negazionismo, quindi anche di stampo civilistico, si schiera G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, pp. 304 ss.

¹³⁹ Sull'istituto cfr. P. ADAMI, *L'azione civile anti-discriminazione ex art. 44 T.U. Immigrazione*, in *Giur. merito*, 2013, pp. 502 ss.

Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio), si è proposta una valorizzazione dei delitti di diffamazione, di ingiuria e di vilipendio¹⁴⁰, modulati sull'onore leso dall'aggressione negazionista, e al più potenziati da un'aggravante comune o speciale, come accorgimento in grado di soddisfare le richieste della Decisione Quadro¹⁴¹.

Si tratta di proposta che non si ha qui modo di approfondire a dovere, ma che dovrebbe guardarsi dalla controindicazione di cadere nella trappola comunicativa di una fattispecie a protezione solo degli ebrei e di pochi altri, della serie: «se la vedano loro», senza aprire lo spettro della tutela alla considerazione dell'umanità.

Là dove, invece, salendo di tono, si volesse inaugurare un autonomo *nomen criminis*, quale apice della strategia sanzionatoria in materia di contrasto al negazionismo, si potrebbe prevedere una norma incriminatrice, ad alto coefficiente simbolico, ma ad altrettanto elevato livello di selettività e di precisione, per evitare di scadere in una pericolosa indistinzione della materialità delle condotte. La norma dovrebbe essere pertanto tipizzata, come ventilato *supra*, per colpire la negazioni di accadimenti circoscritti, sintomatici, a un tempo, del credo negazionista e della realtà dell'Olocausto, come ad esempio l'uso della camere a gas e dei forni crematori¹⁴².

Situazioni fortemente emblematiche che alleggeriscono gli oneri probatori dell'accusa fornendo al giudice, a un tempo, l'opportunità di tacitare la sovversione negazionista senza entrare in discussione con essa. La norma potrebbe arricchirsi di un dolo specifico, per isolare le espressioni dettate dall'intento di gettare discredito sulle minoranze da quelle motivate da fini di "spassionata" indagine storiografica. Il giudicante, peraltro, andrebbe vincolato a un esame in concreto delle modalità espositive, dei destinatari e del contesto in cui tali espressioni siano state proferite, nel rispetto del principio di offensività.

La scelta di configurare un delitto, incentrato su talune, tassative e inequivocabili espressioni, lascerebbe fuori dal penale il *valzer* dei giustificazionismi, dei revisionismi, delle minimizzazioni, delle banalizzazioni etc., che a quel punto resterebbero confinate al dominio del dibattito pubblico e storiografico.

La cifra collettiva del senso di umanità impone una perseguibilità d'ufficio. Sulla falsariga dell'art. 612 *bis* c.p., la punibilità potrebbe agire con riserva, subordinata a un ammonimento del questore che sia rimasto senza seguito, a dimostrare, senza

¹⁴⁰ Così A. PUGIOTTO, [Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale](#), in *questa Rivista*, 15 luglio 2013, p. 15.

¹⁴¹ A questo proposito, merita di essere considerata l'aggravante dell'aver agito per «motivi abietti o futili» (art. 61, n. 1, c.p.): tale aggravante avrebbe il merito di porre in risalto la crosta antisemita che avvolge i discorsi dei negazionisti.

¹⁴² Siamo consapevoli che questa soluzione si allontana da quella della Decisione Quadro e del disegno di legge di fonte parlamentare, che invece di puntare sulla paradigmaticità di Auschwitz, puniscono la negazione di qualunque genocidio. A me pare, però, che tale opzione accomunante continui a peccare di eccessiva indeterminatezza. Una via di mezzo tra i due approcci potrebbe reperirsi nell'elencare accadimenti incontrovertibili di genocidi incontrovertibili, del tipo di quelli rappresentati dal richiamo alle camere a gas e ai forni crematori.

illusioni, l'estremo tentativo dell'ordinamento di dialogare con chi esprime proposizioni false e tendenziose.

In aggiunta, sul versante sanzionatorio, e a costo di aumentare il tasso di originalità della norma in esame, la si potrebbe piegare a una sperimentazione che combini la carica di censura nei confronti di chi neghi l'"innegabile" con l'istanza di residualità della pena detentiva, da asseverare con maggior forza nel settore "elettrico" dei limiti alla manifestazione del pensiero. Si tratterebbe, già nella comminatoria editale, di pensare a qualcosa di diverso dalla classica "caditoia" verso la reclusione.

Per quanto la proposta possa spiazzare, e determinare un ripensamento del catalogo delle pene principali, il calibro della reclusione andrebbe accompagnato con l'immediata conversione in una pena di sostanza espressiva e reputazionale. La messa in disparte della pena detentiva ridimensiona di molto la compressione delle libertà costituzionali, e non suona come rinuncia alla costruzione di un diritto penale attento all'evoluzione dei beni giuridici personali, aggregati valoriali dove la sensibilità rappresenta una sfera di senso dotata di spessore assai diverso rispetto a quello considerato dal legislatore del 1930.

Perché non approfondire, ad esempio, la soluzione della lettura in udienza di un dispositivo munito di una speciale narrativa, da cui traspaia – con formulazioni più estese ed efficaci dell'ordinario – la disapprovazione dell'ordinamento all'indirizzo dell'autore delle espressioni negazioniste, al quale ricollegare, ove possibile, una sanzione accessoria di natura inibitoria/interdittiva e la pubblicazione della sentenza di condanna?¹⁴³

Una pena/giudizio, dal carattere accentuatamente didascalico e "simbolico" per rispondere al "diabolico" del negare, volta a rendere il dispositivo una sorta di sanzione veritativa che renda giustizia, oltre all'esistenza delle camere a gas e dei forni crematori, all'esperienza della discriminazione e al senso di umanità. In tal modo, al contro-*logos* dell'annientamento, agito dai negazionisti, verrebbe opposto, con la solennità delle forme del processo penale, un potere di nomina che, sancendo il limite, il confine tra libertà di espressione e abuso della possibilità di offendere, impedisce che l'ultima parola sia di menzogna¹⁴⁴.

¹⁴³ Cfr. anche A. PUGIOTTO, [Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale](#), in *questa Rivista*, 15 luglio 2013, p. 12, che propone di trasformare in pena principale la sanzione dei lavori di pubblica utilità. Per un convincente esempio di questa innovativa tecnica legislativa, nel settore attiguo della tutela della libertà religiosa, cfr. C. MAZZUCATO, *Offese alla libertà religiosa e scelte di criminalizzazione*, in G. DE FRANCESCO-C. PIEMONTESE -E. VENAFFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, pp. 128 ss.

¹⁴⁴ Sul diritto penale democraticamente mite, dialogico, capace di sancire senza punire, cfr. ancora C. MAZZUCATO, *Offese alla libertà religiosa e scelte di criminalizzazione*, in G. DE FRANCESCO-C. PIEMONTESE -E. VENAFFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, pp. 118 ss.